

ÍNDICE

Abreviaturas.....	P.3
Introdução.....	P.4
Capítulo I – O crime de abuso sexual de crianças	P.6
1. Evolução político-criminal e legislativa.....	P.6
1.1.A Reforma de 1995.....	P.7
1.2. A Reforma de 1998.....	P.8
1.3.A Reforma de 2007.....	P.9
2. O bem jurídico.....	P.10
3. Análise do artigo 171º do Código Penal.....	P.11
3.1.O tipo objectivo.....	P.11
3.2.O tipo subjectivo.....	P.13
Capítulo II – As Comissões de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo.....	P.16
4. Âmbito de aplicação e legitimidade de intervenção.....	P.17
5. Princípios Orientadores.....	P.20
5.1.O interesse superior da criança.....	P.21
5.2.A prevalência na família.....	P.22
5.3. O princípio da subsidiariedade.....	P.23
6. Competência para a intervenção.....	P.23
6.1.Entidades com competência em matéria de infância e juventude...	P.24
6.2.Comissões de Protecção de Crianças e Jovens.....	P.24
6.3.Tribunais.....	P.26
7. Medidas de promoção dos direitos e de protecção.....	P.26
7.1.Medidas no meio natural de vida.....	P.28
7.2.Medidas de Colocação.....	P.30
7.3.Revisão das medidas.....	P.35
8. Intervenção do Ministério Público.....	P.35
8.1.Comunicações do Ministério Público.....	P.36
8.2.Comunicações ao Ministério Público.....	P.37

**O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar
e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo**

9. A (in)adequação do princípio da subsidiariedade aos casos de abuso sexual de crianças intrafamiliar.....	P.39
10. Os Procedimentos de urgência: tentativas de contornar os inconvenientes do princípio da subsidiariedade.....	P.43
Capítulo III – Processos Tutelares Cíveis.....	P.47
11. Inibição das Responsabilidades Parentais.....	P.48
11.1. Inibição do poder paternal vs Princípio “in dubio pro reu...”	P.50
12. Consequências da decretação de sentença condenatória e de absolutória.....	P.51
12.1. Sentença condenatória.....	P.51
12.2. Sentença absolutória.....	P.53
CONCLUSÃO.....	P.56
FONTES.....	P.58
BIBLIOGRAFIA.....	P.60

ABREVIATURAS

Art. - Artigo

CC – Código Civil

CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPCJ – Comissões de Protecção de Crianças e Jovens

CRP – Constituição da República Portuguesa

LPCJP – Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

MP – Ministério Público

N.º - número

Ob. Cit. – Obra Citada

OTM – Organização Tutelar de Menores

P. – Página

PP. - Páginas

INTRODUÇÃO

O abuso sexual de crianças, enquanto crime, tem vindo a causar grande impacto social, quer a nível nacional quer a nível internacional.

A par de uma eficaz intervenção penal, afigurou-se como necessária a imposição de um sistema que visasse garantir a protecção e promoção do bem-estar e desenvolvimento integral das crianças vítimas deste tipo de crime.

Portugal, ao ratificar a Convenção sobre os Direitos da Criança (adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 20 de Novembro de 1989), reconheceu a criança como sujeito de direitos específicos (relacionados com a sua condição de serem seres em desenvolvimento) e comprometeu-se a assumir um conjunto de medidas que asseguram o dever do Estado de intervir nas situações em que a criança se encontra numa situação de perigo, mesmo contra a vontade da respectiva família, dando sempre primazia ao interesse superior da criança.

Neste sentido, foram implementadas as Comissões de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, enquanto instituições oficiais não judiciárias, integradas no Sistema de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro).

Sucedem que, no crime de abusos sexuais, “prevalece o quadro das relações familiares enquanto espaço social de relacionamento entre o autor dos factos criminais e a vítima”¹.

O nosso trabalho pretende reflectir sobre a actuação das referidas Comissões e da relevância da sua legitimidade para intervir nos crimes de abuso sexual de crianças intrafamiliar, tendo como objectivo a problematização da aplicação do princípio da subsidiariedade.

Tratando-se de situações particularmente sensíveis e delicadas, que requerem formação específica na área das ciências humanas e da psicologia, e que recaem sobre grande conflito entre o agressor, a quem cabiam responsabilidades especiais de cuidar, e a criança, que está numa relação de dependência, fará sentido a intervenção ser da competência das comissões de protecção, tendo em conta que só podem intervir com o

¹ Relatório Anual de Segurança Interna, 2012, www.portugal.gov.pt, p.135.

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

consentimento expresso dos pais, representantes legais ou detentores da guarda de facto? Será legítimo negociar com os suspeitos do abuso? Tal actuação responde às verdadeiras necessidades da criança? Se o crime de abuso sexual de crianças tem natureza pública, por que não encaminhar a situação imediatamente para os tribunais?

Para responder a estas questões, entendemos ser necessário realizar uma exposição de determinadas matérias que nos permitem fundamentar a inadequação do princípio de subsidiariedade aos crimes de abuso sexual intrafamiliar, nomeadamente, a análise do tipo de crime; o Sistema de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (segundo a Lei de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens em Perigo); o papel do Ministério Público; e os processos tutelares cíveis.

Capítulo I

O crime de abuso sexual de crianças

1. Evolução político-criminal e legislativa

No Código Penal de 1852, a perseguição da criminalidade sexual dependia da vontade soberana da vítima ou de quem a representasse sendo que o “escândalo associado aos processos por estes crimes justificava a solução da lei. O risco de desonra da mulher perpetuado no processo podia ditar que esta ou os seus representantes preferissem o exclusivo mal do crime”². Neste sentido, procurava dar-se primazia aos interesses privados em lugar dos interesses públicos.

A única excepção eram os crimes praticados contra menor de 12 anos que, pela sua gravidade acrescida, tinham natureza pública. Assim sendo, a perseguição criminal era o único meio de satisfazer os interesses da vítima e da própria comunidade³.

O Código Penal de 1982 resumia a tutela do abuso sexual de crianças ao art. 205º n.º 2, punindo “o atentado ao pudor de menor de 14 anos independentemente dos meios empregados”.

O Código Penal de 1982 manteve o regime dualista do Código Penal de 1852, fazendo depender da vontade do interessado a perseguição criminal, salvo: quando a vítima fosse menor de 12 anos, quando o facto fosse cometido por meio de outro crime que não dependesse de acusação ou queixa, quando o agente fosse qualquer uma das pessoas que nos termos da lei tivesse legitimidade para requerer procedimento criminal ou, ainda, quando do crime resultasse ofensa corporal grave, suicídio ou morte da vítima (art. 211º, n.º 2, do CP). A especial gravidade do facto justificava a perseguição oficiosa.

² ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, 2009, p. 43, nota 50.

³ Ob. Cit., p.46.

1.1. Reforma de 1995

O crime de abuso sexual de crianças surgiu pela primeira vez na Reforma do Código Penal de 1995 (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março). Esta reforma deu lugar a uma tutela penal das crianças até aos 14 anos na área sexual, sendo que os artigos 163º a 170º protegem a liberdade e/ou autodeterminação sexual de todas as pessoas, não fazendo distinção consoante a idade da vítima (menoridade causa agravante da pena – art. 177º, n.º 6, do CP); e que os artigos 171º e seguintes são crimes contra a autodeterminação sexual de menores, em que a menoridade da vítima constitui elemento do tipo legal de crime e em que o consentimento da criança até aos 14 anos se presume *iure et de iure* (de direito e por direito) irrelevante por incapacidade destas para o prestar.

O legislador atribuiu natureza semi-pública à generalidade dos crimes contra a autodeterminação sexual. O Ministério Público tinha legitimidade para promover o processo quando da prática do crime contra a autodeterminação sexual resultasse o suicídio ou a morte da vítima (art. 178º n.º 1, do CP); e, quando a vítima de crime contra a autodeterminação sexual fosse menor de 12 anos e especiais razões do interesse público o reclamassem (art. 178º, n.º 2, do CP). Chegou-se mesmo a afirmar que o legislador tinha protagonizado a criação de “um regime híbrido, misto ou atípico, justificado, mais uma vez, pela gravidade excepcional das situações”⁴.

A reforma de 1995 tipificou pela primeira vez os crimes de abuso sexual de crianças e alargou o conceito de violação, equiparando o coito anal ao coito vaginal.

Após 1995, houve uma valorização crescente do princípio do superior interesse da criança, sendo que a matéria relativa a crimes sexuais contra as crianças foi bastante alargada (Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, adoptado em Nova Iorque em 25 de Maio de 2000 e ratificado pelo Presidente da República n.º 14/2003, de 5 de Março; Decisão-Quadro do Conselho, 2002/629/JAI, de 19 de Julho de 2012, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos, substituída pela Directiva 2011/36/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Abril de 2011; Decisão-Quadro do Conselho, 2004/68/JAI, de 22 de

⁴ CORREIA, João Conde, *O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de criança*, in: Revista Julgar n.º 12, 2011, p. 167.

Dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e pornografia infantil, recentemente substituída pela Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011; e a Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, de 25 de Outubro de 2007, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 75/2012, de 9 de março de 2012, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 90/2012, publicados no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 103, de 28 de maio de 2012).

1.2. Reforma de 1998

Com a revisão de 1998 (Lei n.º 65/98 de 2 de Setembro), a tipologia do crime de abuso sexual de crianças foi alargada: surge a equiparação à cópula do coito oral e pune-se a exibição e cedência a qualquer título ou por qualquer meio de fotografia, filme ou gravação pornográficos em que se utilizem menores de 14 anos. Pretendeu-se incluir na tutela penal sexual de crianças actividades que envolviam exploração comercial ou económica ilícita, de material pornográfico.

O legislador alargou a intervenção oficiosa do Ministério Público a menores de 16 anos, sujeitando-a ao interesse da vítima. Aqui já está em causa o interesse da criança e não o interesse da comunidade.

Não havendo queixa da parte dos titulares do direito, nos termos do art. 113º do CP, o Ministério Público só poderia promover a acção penal, quando a protecção do menor o impusesse (art. 178º, n.º 4, do CP) e a existência do processo não fosse prejudicial para a criança.

Com a Lei 99/2001, o legislador equiparou a “detenção dos materiais pornográficos” referentes a menores de 14 anos à exibição ou cedência dos mesmos. Esta Lei permitiu ainda que, quando o direito de queixa não pudesse ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime, o MP tinha legitimidade para promover o processo se especiais razões de interesse público o impusessem (art. 113º, n.º 5, CP).

1.3. Reforma de 2007

Com a Reforma de 2007 (Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro), devido aos mediáticos casos de abuso sexual de crianças (*Casa Pia*) e às repercussões que estes desenvolveram na sociedade, o legislador optou por consagrar a natureza pública da generalidade dos crimes sexuais contra menores (à excepção do crime de actos sexuais com adolescentes, o qual assume natureza pública nos casos de morte ou suicídio da vítima - art. 178º, n.º 2, CP).

Mais uma vez, o carácter público destes crimes fazia prevalecer o interesse da comunidade sobre o interesse privado (o interesse da vítima). No entanto, não será do interesse da vítima que o crime seja público? É certo que pode ocorrer uma indesejável intromissão na esfera da vida privada, pois “o corpo e a voz da criança são constrangidos aqui (fase de inquérito) a um papel difícil mas fundamental ao sucesso da investigação obrigatória: sem eles o processo está destinado ao fracasso”⁵. A investigação pode acatar riscos de vitimação secundária mas é imprescindível à promoção do processo bem como à protecção da vítima, sendo que a condenação do abusador, em processo-crime, contribui para a recuperação psicológica daquelas por se sentirem protegidas da fonte do abuso.

A revisão de 2007 equiparou à “cópula a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos” (art. 171º n.º 2, do CP) e incluiu no âmbito do punível a importunação sexual com menor de 14 anos: “Quem importunar menor de 14 anos, praticando acto previsto no art. 170º é punido com pena de prisão até três anos” (art. 171º, n.º 3, alínea a)).

A exibição, cedência ou detenção de material pornográfico relativo a menores de 14 anos foi retirada deste normativo, sendo inserida no novo preceito *Pornografia de Menores* do art. 176º, n.º 1 alínea d): “Quem adquirir ou detiver materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder é punido com pena de prisão de um a cinco anos”.

Com o art. 176º do CP passou a punir-se a mera posse de material pornográfico infantil.

Também passou a ser punido o recurso à prostituição de menores entre 14 e 18 anos, nos termos do art. 174º do CP.

⁵ Ob. Cit., p. 173.

2. O bem-jurídico

Toda esta problemática sobre a natureza processual do crime objecto de estudo, está relacionada com o bem jurídico que se pretende proteger.

Durante muitos anos, os bens jurídicos tutelados pelos crimes sexuais eram associados à protecção da moral sexual dominante, aos costumes, ao pudor ou aos fundamentos éticos da sociedade, reflectindo o seu carácter conservador, marcado essencialmente pelos valores da religião católica.

O Código de 1982 ainda previa e estabelecia o preceito “Crimes contra os fundamentos ético sociais da vida em sociedade”.

A revisão de 1995 permitiu a passagem da moralidade para a liberdade e autodeterminação sexual e, neste sentido, o que releva é a liberdade e autodeterminação sexual de cada pessoa e não o interesse comunitário na manutenção de valores da própria sociedade.

Punem-se condutas de natureza sexual que, tendo em conta a pouca idade da vítima, podem prejudicar e pôr em causa o livre desenvolvimento da criança na esfera sexual e da sua personalidade.

Respeitando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP), do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º da CRP), direito ao desenvolvimento integral (art. 69º, n.º 1, da CRP) e da protecção da juventude (art. 70º da CRP), “a lei presume (...) que a prática de actos sexuais com menor, em menor ou por menor de certa idade prejudica o desenvolvimento global do próprio menor (...) e considera este interesse - no fundo, um interesse de protecção da juventude - tão importante que coloca as condutas que o lesem ou ponham em perigo sob ameaça de pena criminal (...)”⁶.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, AA.VV, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2012, p. 834, nota 5.

3. Análise do artigo 171º do Código Penal

O crime de abuso sexual de crianças previsto e punido no art. 171º, encontra-se no Capítulo V, secção II – Crimes contra a Autodeterminação Sexual, Título I – Dos Crimes contra as Pessoas, do Livro II do Código Penal.

O normativo prevê quatro crimes distintos: o crime de prática de acto sexual de relevo; o crime de cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos; o crime de importunação; e o crime de actuação por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográficos.

O bem jurídico protegido, como vimos, é a liberdade de autodeterminação sexual da criança menor de 14 anos.

3.1. O tipo objectivo

O tipo objectivo destes crimes consiste na prática consensual de acto sexual de relevo com criança (incluindo a cópula, o coito anal, o coito oral ou a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos), de importunação sexual de criança ou de actuação sobre uma criança por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográficos.

A vítima tem de ser menor de 14 anos, independentemente do sexo.

“É irrelevante que a vítima seja ou não já sexualmente iniciada, que possua ou não capacidade para entender o acto sexual que nela, com ela ou perante ela se pratica ou se leva a praticar, que lhe caiba uma intervenção activa ou puramente passiva no processo”⁷.

O agente pode praticar o acto sexual de relevo com a criança ou levá-la a praticá-lo consigo ou com terceiro (“com outra pessoa”), ou seja, o agente ao levar a criança a praticar o acto consigo, está a praticá-lo *com* o menor.

No n.º 2 deixou de ser exigível que a cópula, o coito anal e o coito oral fossem tidos “com menor”, ficando subsumidas ao número referido as condutas em que se leva o menor a ter cópula, coito anal ou coito oral com terceiro.

⁷ Ob. Cit., p. 835.

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

Na alínea a) do n.º 3 pune-se a “importunação sexual”. A sua incidência objectiva segue os mesmos moldes do art. 170º. A única diferença reside na vítima, a qual se exige que tenha idade inferior a 14 anos.

A novidade surge na alínea b) do n.º 3: actuação “sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográficos”.

O que se exige é que tanto a conversa, o escrito, o espectáculo e o objecto, (respectivamente, uma forma de comunicação, um texto redigido, uma representação por qualquer meio de um acto, e uma coisa material, apreensível pelos sentidos) sejam levados a cabo de modo a excitar sexualmente a criança.

Coloca-se a questão de saber se as “canções” pornográficas podem ser susceptíveis de integração no elemento da conversa. Figueiredo Dias preconiza tratar-se de um caso duvidoso perante o princípio “nullum crimen”⁸, não sendo considerado crime se não estiver expressamente estabelecido por lei. No nosso entender, consideramos que estas “canções” integram o elemento do objecto pornográfico, se configurarem gravações, as quais são apreensíveis pelos sentidos, nomeadamente a audição. Pressupõe-se, neste sentido, que há intenção por parte do agente que a criança se excite sexualmente com a “canção”. Não nos parece que preconize o elemento da conversa, pois esta exige diálogo com a criança e, nesta situação, esta pode não suceder.

Se o agente protagonizar essas “canções” com terceiro e perante a criança, pensamos que este acto se insere no elemento do espectáculo, uma vez que a criança, neste caso, é espectadora ou ouvinte.

A nossa dúvida surge se o agente decidir “cantar” perante a criança, sem qualquer tipo de diálogo, mas pretendendo que aqueles sons excitam sexualmente a criança. Entendemos que este acto de “cantar” está relacionado com sexo e que, portanto, pode integrar o disposto no art. 171º, n.º 3 alínea a), ou seja, uma importunação sexual através de acto exibicionista, independentemente do corpo da criança ser tocado (elemento decisivo para o enquadramento no tipo legal de crime: a intenção libidinosa).

No entanto, a doutrina estabelece uma interpretação restritiva da norma constante no art. 170º do CP (por remissão ao art. 173º, n.º 3, alínea a)), exigindo a existência de actos

⁸ Ob. Cit., p. 837, nota 13.

ou gestos, com a utilização do próprio corpo do agente ou de terceiro. Presume-se que o legislador quando se refere a “actos” fá-lo relativamente a actos físicos, que tornam visíveis zonas do corpo, pois se forem meras palavras o comportamento já se inseria no crime de injúrias (art. 181º do CP). Não se fazendo menção a “sons” preconizados pelo agente, adoptamos a posição, mais segura, de que este acto se insere no elemento de espectáculo, que pode ser levado a cabo por várias pessoas ou só pelo agente.

3.2. O tipo subjectivo

O tipo subjectivo admite qualquer modalidade de dolo. O erro sobre a idade do menor afasta, nos termos do art. 16º n.º 1 do CP, o dolo e, portanto, a punibilidade da acção⁹. Mas, com base na representação pelo agente da constituição física e dos órgãos sexuais do menor com o desenvolvimento adequado e normal da sua idade, pode afirmar-se desde logo o conhecimento da sua idade. Se o agente não representou, ou não representou correctamente, a idade da vítima, o erro exclui o dolo e, com ele, a punição.

Consideramos que esta questão não se coloca quando se tratam de abusos sexuais no seio familiar, uma vez que é inconcebível que o membro da família em causa desconheça a idade da vítima, sendo que reside, na maior parte dos casos, habitualmente com a mesma. Impensável será quando se tratam dos pais, representantes legais ou detentores da guarda de facto da criança ou jovem (vizinhos, professores, entre outros).

O erro quanto à idade terá que ter em conta a aparência física da criança (incluindo não só o desenvolvimento corporal, mas também o olhar, a expressão do rosto).

O n.º 4 do art. 171º, do CP, prevê o crime de abuso sexual de crianças qualificado pois supõe a existência de uma intenção lucrativa, admitindo, assim, a modalidade mais grave de dolo.

O crime de abuso sexual de crianças é um crime comum, ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa, homem ou mulher, familiares ou mesmo os pais da vítima.¹⁰

⁹ O art. 210º do CP de 1982, que permitia a punição atenuada do agente em erro censurável sobre a idade da criança, foi suprimido.

¹⁰ JARDIM, Patrícia José Anastácio, *O abuso sexual na criança. Contributo para a sua caracterização na perspectiva da intervenção médico-legal e forense*, Mestrado em Ciências Forenses da Universidade do Porto, 2011, texto policopiado, p. 36 – A análise dos alegados casos de crimes de natureza sexual revelou que a

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

A comparticipação obedece às regras gerais.

No caso objecto de estudo, o abuso sexual intrafamiliar, entendemos que os pais da criança (tanto a mãe como o pai), bem como as outras pessoas sobre quem recaiam os deveres jurídicos análogos de cuidado e protecção, podem ser punidos por este crime como cúmplices se considerarmos que tinham conhecimento da situação e não tomaram as devidas diligências para a evitar (art. 7º da Directiva 2011/92/UE e art. 24º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais). Ou seja, deram causa, possibilitaram, prepararam ou facilitaram aquele crime¹¹. Impõe-se que estejam verificados os requisitos do art. 27º do CP.

Nos termos do art. 177º, n.º 1, do CP, a moldura penal é agravada de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima: “a) for ascendente, descendente, adotante, adotado parente ou afim até ao segundo grau do agente; ou b) se encontrar numa relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho do agente e o crime for praticado com aproveitamento desta relação; e se o agente for portador de doença sexualmente transmissível” (art. 3º e 9º, alínea b) da Directiva 2011/92/UE e art. 28º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a exploração Sexual e os Abusos Sexuais).

A pena é ainda agravada de metade, nos seus limites mínimo e máximo, “se dos comportamentos aí descritos resultar gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte da vítima”.

A agravação deve ser determinada em função da circunstância agravante mais forte, ou seja, a que mais elevar o limite máximo da pena.

maioria das vítimas é do género feminino (78.4%), com idade média de 9.8 anos, estudante (69.2%), tendo sido supostamente abusadas por um indivíduo do género masculino (99.5%), seu conhecido (85.4%) e que pertencia à sua família em 50.3% dos casos.

¹¹ “Em inúmeros casos de abuso sexual de crianças o abusador é uma pessoa em quem a criança confia, conhece e muitas vezes ama.” - Acórdão Tribunal da Relação de Guimarães, de 12-04-2010, proc. N.º42/06.2TAMLG.61, relator: Cruz Bucho.

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

Tendo em conta o tema em análise, estando em causa crimes que vitimam a criança, em particular os perpetrados pelos pais, representantes legais ou pessoas que detêm a guarda de facto da criança ou jovem, importa, a par de uma eficaz intervenção penal, garantir que a protecção da vítima não a coloque numa situação nova de vitimação, devendo, ao invés, serem proporcionadas as condições adequadas a promover a sua recuperação e o seu bem-estar e desenvolvimento integral.

A intervenção protectora, que analisaremos em seguida, que é centrada na criança, só será capaz de levar a cabo os seus objectivos quando funcionar em estreita articulação com a intervenção penal, bem como com as providências tutelares cíveis.

Capítulo II

As Comissões de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo

A família é considerada como elemento fundamental da sociedade. Nos termos do art. 67º CRP, a família “tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”.

Os filhos não podem ser separados dos pais, excepto quando não cumpram os deveres fundamentais para com eles, sendo sempre necessária decisão judicial (art. 36º, n.º 6, CRP).

Não podemos descurar a ideia de que podem ocorrer lesões (físicas e/ou psicológicas) e violações dos direitos fundamentais também no seio familiar. Nestes casos, o Estado terá legitimidade para intervir quando os deveres fundamentais não são cumpridos.

Havendo necessidade de retirar a criança do seio familiar, em virtude da violação dos seus direitos fundamentais, já se exige decisão judicial.

Contudo, existem situações em que a lei reconhece a necessidade de intervenção do Estado para proteger a criança, sem exigir a intervenção judiciária.

Referimo-nos às entidades com competência em matéria de infância e juventude e às Comissões de Protecção de Crianças e Jovens (CPCJ), integradas no sistema de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovado pela Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro. Este sistema tem como objectivo a promoção e protecção das crianças e jovens em perigo, por forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral (art.1º da LPCJP), ou seja, retirar a criança ou o jovem da situação de perigo em que se encontra e promover o respeito pelos seus direitos. Ocorreu, portanto, um processo de desjudicialização, visível no protagonismo atribuído a entidades não judiciárias na protecção de crianças.

Assim, as Comissões de Protecção de crianças e jovens, cuja intervenção iremos analisar, são consideradas instituições oficiais não judiciárias dotadas de autonomia funcional.

4. Âmbito de aplicação e legitimidade de intervenção

O âmbito de aplicação da LPCJP exige três requisitos: que se trate de uma criança ou jovem; que esteja numa situação de perigo; que resida ou se encontre em território nacional (art. 2º).

Em regra, aplica-se a pessoas (crianças) com menos de 18 anos, sendo coincidente com a definição de criança estabelecida no art. 1º da Convenção sobre os Direitos Da Criança (adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 20 de Novembro de 1989)¹²; excepcionalmente, aplica-se a pessoas entre os 18 e os 21 anos (jovens) desde que seja solicitada a continuação da intervenção que já tenha sido iniciada antes de atingir os 18 anos (art. 5º, alínea a) da LPCJP).

A nacionalidade da criança ou jovem, residente ou não em Portugal, é irrelevante para esta Lei, sendo que se a criança se encontrar numa situação de perigo, deve ser-lhe garantido o direito à protecção e à defesa dos seus direitos em igualdade de tratamento ao previsto para as crianças e jovens nacionais (em conformidade com a Convenção de Haia de 1961, ratificada pelo Decreto-Lei n.º 48 494, de 22 de Julho de 1968; e o art. 2º da Convenção sobre os Direitos da Criança).

A intervenção tem lugar quando “os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de acção ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo” (art. 3º, n.º1, da LPCJP). A intervenção tem, portanto, que obedecer a dois requisitos: um requisito objectivo (situação de perigo) e um requisito subjectivo (acção ou omissão dos pais ou pessoas com deveres e cuidados análogos). “Só é lícito substituir-se aos pais se e quando estes se revelem incapazes ou ausentes”¹³, ou seja, quando não asseguram as

¹² Em consonância com o art. 3º, alínea a) da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, de 25 de Outubro de 2007, e o art. 2º, alínea a), da Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011.

¹³ CLEMENTE, Rosa, *Inovação e Modernidade no Direito de Menores – A Perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, n.º 16, Centro de Direito da Família, Faculdade de Direito da Universidade, 2009, p. 33.

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

necessidades e o bem-estar dos filhos, de acordo com o art. 69º da CRP, sendo protegidos os direitos constitucionais dos artigos 67º e 68º da CRP.

A criança ou o jovem está em perigo quando se encontra numa das situações previstas (a título exemplificativo) no n.º 2, do art. 3º, da LPCJP:

- “a) Está abandonada ou vive entregue a si própria;
- b) Sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais;
- c) Não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal;
- d) É obrigada a actividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento;
- e) Está sujeita, de forma directa ou indirecta, a comportamentos que afectem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional;
- f) Assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.”

A criança está em perigo não só quando sofre maus tratos, quando é vítima de abuso sexual ou quando não recebe os cuidados que lhe são devidos, mas também quando vive entregue a si própria, quando assume comportamentos ou se entrega a consumos que afectam gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento, sendo que este último retoma no essencial o conceito de perigo do artigo 1918º do CC.

Relativamente ao nosso objecto de estudo, podemos afirmar que uma criança ou jovem que é vítima de abuso sexual intrafamiliar, está em perigo nos termos da alínea b).

Consideramos ainda que abrange a situação de perigo mencionada na alínea e), pois a criança ou jovem que sofre abusos sexuais, perpetrados por um membro da família (mais concretamente, pais, representante legal ou quem detenha a sua guarda de facto) sofre maus tratos psicológicos que afectam gravemente a sua segurança e equilíbrio emocional.

A família assume uma grande importância instrumental para o desenvolvimento da criança, uma vez que é o seu porto seguro, a sua fonte de afecto e de protecção. Ocorrendo maus tratos no seu seio, torna-se evidente que o impacto psicológico seja mais grave e problemático dos que os que sucedem noutros contextos. “Tratando-se de abusos por pessoas próximas ou familiares, os danos são ainda maiores, como o dano da invasão, da traição e da exposição, de perda da sensação de segurança e da privacidade, sendo o corpo e o lar identificados como o perigo”¹⁴.

A criança participa de forma directa no comportamento que é levado a cabo pelo autor, seja no próprio acto sexual de relevo, seja em forma de carícias e beijos, seja com palavras de foro sexual dirigidas à criança.

É importante frisar que o conceito de abuso sexual do art. 3º, n.º 2 alínea b) é diferente do “acto sexual de relevo” previsto no art. 171º do CP, em termos conceituais, pois é mais amplo, e também para efeitos do ónus da prova, na medida em que não se exige, nos processos tutelares cíveis, o ónus da prova exigido no processo penal.

O abuso sexual referido no art. 171º, n.º 1 e 2, do CP exige, como vimos, acto sexual de relevo (incluindo a cópula, o coito anal, o coito oral ou a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos) e que haja intenção ou culpa do agente pois, no processo penal, para o agente ser acusado tem que preencher o tipo legal de crime, respeitando os princípios da tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade (exigências especiais de prova).

Na LPCJP, o abuso sexual pressupõe o envolvimento da criança ou jovem em práticas que visam a satisfação sexual do adulto (práticas exibicionistas, de utilização de material pornográfico com o menor), sejam práticas sexuais que envolvem a penetração anal, oral e/ou vaginal, sejam beijos e/ou carícias. Em comparação com a Lei Penal, a LPCJP não pressupõe actos tão graves, nem exige culpa jurídico-penal: os actos praticados têm de revestir conotação sexual, mesmo que não consubstanciem actos sexuais de relevo, sendo que o que importa para esta Lei é que o adulto tenha utilizado a criança para a sua gratificação sexual, independentemente de o contacto sexual ser directo ou indirecto,

¹⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O poder paternal como cuidado parental*, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais*, Fundação para o Desenvolvimento Social/ Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2003, p.39.

bastando apenas o indício de que a criança tenha sentido desconforto ou que se tenha sentido magoada ou ofendida, sendo decisiva “a percepção do facto pela criança, a forma como sente que o facto praticado é intrusivo na sua intimidade e no seu corpo.”¹⁵

A LPCJP caracteriza o abuso sexual como “práticas que o menor, dado o seu estágio de desenvolvimento, não consegue compreender e para os quais não está preparado, às quais é incapaz de dar o seu consentimento informado e que violam a lei, os tabus sociais e as normas familiares”¹⁶, actos estes que estão “fora” do âmbito do carinho e afecto que deve existir na família, que ultrapassam “a fronteira entre ternura e abuso”¹⁷ e que visam a satisfação ou gratificação do adulto ou jovem mais velho.

Assim, a criança ou jovem fica sujeita a um “sentimento generalizado de traição pelos adultos, pelas pessoas em quem confiava e de quem esperava protecção que poderá dificultar o desenvolvimento de futuras relações positivas; sentimento de impotência, de falta de poder ou controlo sobre a sua vida e sobre o seu corpo, sobre as suas reacções e emoções; por vezes associados a uma redução de auto-estima; confusão emocional, sobretudo em casos em que o abusador é o pai ou um familiar próximo (...)”.¹⁸

5. Princípios orientadores

A intervenção das Comissões de Protecção deve orientar-se pelos princípios consagrados no art.4º da LPCJP, nomeadamente: do interesse superior da criança e do jovem; da privacidade; da intervenção precoce; da intervenção mínima; a proporcionalidade e actualidade; da responsabilidade parental; da prevalência da família; da obrigatoriedade da informação; da audição obrigatória e participação; e da subsidiariedade.

¹⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O poder paternal como cuidado parental*, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais*, Fundação para o Desenvolvimento Social/ Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2003, p.39.

¹⁶ MAGALHÃES, Teresa, *Maus Tratos em Crianças e Jovens. Guia Prático para Profissionais*, 2002, p. 35.

¹⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Síndrome de alienação parental...*, Ob. Cit., p. 92.

¹⁸ MANITA, Celina, *Quando as portas do medo se abrem... Do impacto psicológico aos testemunhos de crianças vítimas de abuso sexual*, in *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais*, Fundação para o Desenvolvimento Social/ Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2003, p. 239.

Destacamos os princípios do interesse superior da criança, da prevalência da família e o princípio da subsidiariedade.

5.1. O interesse superior da criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 confere à criança o estatuto de sujeito de direitos fundamentais, com capacidade de autodeterminação e de tomar decisões, de acordo com a sua maturidade, e impõe às instituições dos Estados Membros encarregadas de tomar decisões relativas à sua vida, que adoptem, como critério primordial, o interesse da criança e a satisfação das suas necessidades específicas, relacionadas com a sua condição de seres em desenvolvimento. Neste sentido, a criança tem direito a exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe digam respeito, sendo devidamente tomada em consideração e tem direito de ser ouvida e a participar nos processos (art. 3º e 12º da CDC, e art. 4º, alíneas h) e i) da LPCJP).

O interesse da criança tem sido analisado pela doutrina como um conceito indeterminado, que carece de preenchimento valorativo, despertando a atenção para a criança como pessoa e para os seus direitos¹⁹.

A noção de interesse da criança não pode ser classificado como um vazio em que cada um atribui o significado que bem entende. Mas podemos considerar que existe um núcleo do conceito que não apresenta margem para dúvidas e que deve ser preenchida e tida em conta: a manutenção da estabilidade da vida familiar, afectiva e social da criança²⁰.

Quando a criança é vítima de abuso sexual intrafamiliar, o núcleo do conceito pode ser preenchido, no nosso entender, através do recurso a critérios objectivos que devem servir de fundamento à determinação do interesse da criança, nomeadamente: afastamento do familiar que coloca a criança na situação de perigo e integração da criança junto de um membro da família alargada ou pessoa idónea com quem a criança tenha laços afectivos e o respeito pela sua vontade e sentimentos.

¹⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do poder paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação de pessoas e bens*, Universidade Católica, 2003, p.74.

²⁰ Ob. Cit., pp. 76-79.

Se o abusador for o pai ou uma figura de substituição parental, a guarda da criança ou o direito de visita devem-lhe ser retirados, confiando-se a guarda da vítima do crime a outro familiar com quem se sinta protegida, em vez de se recorrer à institucionalização da criança.

Quando estamos perante um crime desta natureza, é essencial para a estabilidade emocional da criança e para que esta ultrapasse, com sucesso, os vários estádios de desenvolvimento, que a criança viva em ambiente familiar e com adultos que tenham consigo laços afectivos profundos. Se, porventura, o que melhor assegurar o interesse da criança for a alteração de residência e de guarda, a criança deve ser confiada à pessoa que cuida e se responsabiliza por ela, que satisfaz as suas necessidades (independentemente dos laços biológicos), isto é, que seja a sua pessoa de referência²¹. Esta opção é tomada quando exista, de facto, a pessoa de referência. E se não existir? E se o abusador era a pessoa de referência da criança? E se o progenitor não abusador se colocou do lado do abusador? Adiante analisaremos as medidas que as CPCJ podem levar a cabo quando estamos perante estas situações.

A LPCJP não estipulou o princípio da pessoa de referência, mas consideramos que deve ser um princípio a ter em conta pois está de acordo com as orientações da lei acerca do conteúdo do poder paternal e do poder-dever de educação (art. 1878º e 1918º do CC) e com todas as normas que consideram a vontade da criança como um factor decisivo na decisão de questões que dizem respeito à vida das crianças (art. 1878º, n.º 2, e 1901º n.º 3 do CC, art. 12º C.D.C.), assegurando o princípio do interesse superior da criança.

5.2. A prevalência na família

Este princípio é conforme à garantia constitucional, plasmada no art. 36º, n.º5, da CRP, que respeita ao direito dos pais não serem separados da criança ou jovem, salvo quando violarem os direitos fundamentais do filho; em consonância com o art. 9º da CDC que garante que a criança não é separada dos pais contra a vontade destes, salvo se essa separação for necessária para assegurar o interesse superior da criança.

²¹ Ob. Cit., p.157 - “(...) adulto que cuide delas com carinho, que satisfaça as suas necessidades afectivas e que se responsabilize por elas, no dia-a-dia, com continuidade” .

A separação da criança ou jovem da família deve ser uma medida tomada em “ultima ratio”, segundo a LPCJP, como veremos no ponto 7.2.

A prevalência na família é o princípio de excelência uma vez que é no seio familiar que a criança encontra paz, harmonia e segurança para promover o seu desenvolvimento integral.

Este princípio encontra-se interligado com o princípio de responsabilidade parental.

“Porém, quando a própria família constitui o núcleo de risco da criança, a prevalência familiar tem de ceder em prol dos interesses daquela.”²²

Adiante, analisaremos quando e como se processam estas situações.

5.3. O princípio da subsidiariedade

Nos termos do art. 12º, n.º 1 da LPCJP, em conformidade com o art. 4º alínea j) do mesmo diploma legal, entendemos que a intervenção se encontra estruturada de forma hierárquica (caracterizadora do sistema de promoção e protecção), obedecendo ao princípio orientador da subsidiariedade.

A LPCJP consagrou um sistema que se baseia na intervenção subsidiária sucessiva das entidades com competências na matéria de infância (escolas, centros de saúde, hospitais), das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens e, em última instância, os tribunais (art.4º, alínea j).

Tendo em conta esta lógica, analisaremos de seguida a competência das referidas entidades, Comissões e tribunais.

No subcapítulo 9 analisaremos os inconvenientes que este princípio acarreta.

6. Competência para a intervenção

Os arts. 6º a 11º da LPCJP regulam a “intervenção para a promoção da criança e do jovem em perigo”, respeitando o princípio da subsidiariedade como acima exposto.

²² Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 2-10-2012, proc. N.º 305/11.5TMLS.L1-7, relatora: Dina Monteiro.

6.1. Entidades com competência em matéria de infância e juventude

Estas entidades²³ encontram-se na primeira linha de intervenção.

A sua actuação depende do consenso dos pais, dos representantes legais ou de quem tenha a sua guarda de facto, e da não oposição da criança e do jovem com idade igual ou superior a 12 anos (art. 7º da LPCJP). No entanto, esta oposição de criança com menos de 12 anos pode ser considerada relevante “de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção”, nos termos do art. 10º da LPCJP.

Estas entidades não têm competência para aplicar medidas de promoção e protecção, conforme estipulado no art.38º, ou seja, só podem actuar na área exclusiva das suas atribuições, de forma a assegurar a protecção que as circunstâncias do caso exigem.

Sempre que a suas actuações não sejam eficazes ou “sempre que não possam, no âmbito exclusivo da sua competência, assegurar em tempo a protecção suficiente que as circunstâncias do caso exigem”, devem comunicar a situação às CPCJ.

6.2. Comissões de Protecção de Crianças e Jovens

Sempre que, nos termos do art. 8º, as entidades acima mencionadas não actuarem de forma adequada e suficiente a remover o perigo, as CPCJ têm legitimidade para intervir.

Estas comissões exercem a sua competência na área do município onde têm a sua sede (art. 15º).

A LPCJP preconiza o funcionamento das comissões na modalidade alargada, à qual compete desenvolver acções de promoção dos direitos e de prevenção das situações de perigo (art. 18º); e na modalidade restrita, à qual compete intervir nas situações concretas em que uma criança ou jovem está em perigo (art. 21º).

A intervenção das CPCJ depende do consentimento expresso dos pais, do representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto, consoante o caso (art. 9º), e da não oposição da criança e do jovem com idade igual ou superior a 12 anos (sem prejuízo de

²³ “As pessoas singulares ou colectivas públicas, cooperativas, sociais ou privadas que, por desenvolverem actividades nas áreas da infância e juventude, têm legitimidade para intervir na promoção dos direitos e na protecção da criança e do jovem em perigo” – art.5º, alínea d), da LPCJP.

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

a oposição da criança com menos de 12 anos ser considerada relevante, “de acordo com a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção” – art.10º). Na falta de consentimento, ou seja, havendo oposição dos detentores do poder paternal ou de quem tenha a guarda de facto, as CPCJ não têm competência para actuar, sendo exigida intervenção judicial (art. 11º, alínea b). Neste sentido, comunicam a situação ao Ministério Público competente, remetendo-lhe o processo ou os elementos que considerem relevantes para a apreciação da situação (art.95º).

As CPCJ devem comunicar ao Ministério Público as situações: em que considerem adequado o encaminhamento para adopção; em que não sejam prestados ou sejam retirados os consentimentos necessários à sua intervenção, à aplicação da medida ou à sua revisão, em que haja oposição da criança ou do jovem, ou em que, tendo os consentimentos sido prestados, não sejam cumpridos os acordos estabelecidos; em que não obtenham a disponibilidade dos meios necessários para aplicar ou executar a medida que considerem adequada, nomeadamente por oposição de um serviço ou instituição; em que não tenha sido proferida decisão decorridos seis meses após o conhecimento da situação da criança ou do jovem em perigo; têm ainda de comunicar a aplicação da medida que determine ou mantenha a separação da criança ou do jovem dos seus pais, representante legal ou das pessoas que tenham a sua guarda de facto (art. 68º).

São ainda comunicadas ao Ministério Público “as situações de facto que justifiquem a regulação ou a alteração do exercício do poder paternal, a inibição do poder paternal, a instauração da tutela ou a adopção de qualquer outra providência cível, nomeadamente nos casos em que se mostre necessária a fixação ou a alteração ou se verifique o incumprimento das prestações de alimentos” (art. 69º).

Quando os factos que determinaram a situação de perigo constituírem crime “ as entidades e instituições referidas nos artigos 7º e 8º devem comunicá-los ao MP ou às entidades policiais, sem prejuízo das comunicações previstas nos artigos anteriores” (art.70º).

As CPCJ podem aplicar as medidas de promoção dos direitos e de protecção que se encontram previstas no art. 35º, com excepção da medida prevista na alínea g), a qual é de exclusiva competência dos tribunais, em conformidade com o art.38º.

6.3. Tribunais

Após as intervenções processuais das entidades com competência em matéria de infância e juventude e das Comissões de Protecção, a intervenção judicial tem lugar, nos termos do art.11º da LPCJP.

A iniciativa processual cabe ao MP, nos termos e pressupostos dos artigos 73º e 105º.

Compete ao tribunal de família e menores a instrução e o julgamento do processo (art.101º).

7. Medidas de promoção dos direitos e de protecção

Como vimos, a intervenção das CPCJ pressupõe a aplicação de medidas de promoção e de protecção que têm em vista afastar o perigo em que a criança ou jovem se encontra, proporcionando-lhe as condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral.

Analisaremos, resumidamente, a aplicação das medidas.

As medidas de promoção e protecção encontram-se no art. 35º da LPCJP. Estas medidas seguem a regra da tipicidade, sendo que só podem ser aplicadas as que estão plasmadas no referido artigo, são elas: apoio junto dos pais; apoio junto de outro familiar; confiança a pessoa idónea; apoio para autonomia de vida; acolhimento familiar; acolhimento em instituição; e confiança a pessoa seleccionada para a adopção ou a instituição com vista a futura adopção.

As medidas de promoção e de protecção podem ser executadas de duas formas (art. 35º, n.º 1 e n.º 2): no meio natural de vida, sempre que se vislumbrem relações afectivas no seio da família (alíneas a), b), c) e d)); ou em regime de colocação (alíneas e) e f)). A medida que se encontra prevista na alínea g) “é considerada a executar no meio natural de vida no primeiro caso e de colocação no segundo” (art. 35º, n.º3).

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

De salientar que as medidas aplicadas, quer pelas comissões de protecção, quer em processo judicial, por decisão negociada, integram um acordo²⁴ de promoção e protecção (art.36º).

Os acordos de promoção e protecção pressupõem conteúdo genérico e conteúdo específico.

O conteúdo genérico é obrigatório, sendo que os pressupostos do art. 55º, n.º 1, devem constar em todos os acordos.

As intervenções e as respectivas medidas devem ser explicadas de forma acessível para que as famílias entendam ao que se estão a vincular bem como a necessidade de limitação de determinados direitos. Neste sentido, os acordos não podem conter cláusulas que “imponham obrigações abusivas ou que introduzam limitações ao funcionamento da vida familiar para além das necessárias a afastar a situação concreta de perigo” (art. 55º, n.º 2), tendo em conta que a todos são reconhecidos o direito à reserva da vida privada e familiar e que a “lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias” (art. 26º, n.º 1 e 2, da CRP).

O conteúdo específico depende da natureza do acordo: se estamos perante um acordo relativo a medidas em meio natural de vida, devendo constar os aspectos do art. 56º; ou perante um acordo relativo a medidas de colocação (art. 57º).

Podem ainda ser previstas situações, como as do art. 3º, n.º 2, alínea e), que vinculam os pais, ou as pessoas a quem a criança ou jovem esteja confiada, a tratamento e ao estabelecimento de compromisso nesse sentido; bem como obrigações fixadas à criança ou jovem, devido a situações previstas no art. 3º, n.º 2, alínea f), relativamente a meios ou locais que não deva frequentar, pessoas que não deva acompanhar, substâncias ou produtos que não deva consumir e condições e horários dos tempos de lazer.

Podemos concluir que nestes acordos há sempre presença e respeito pelos princípios da responsabilidade parental, de modo a que os pais cumpram os seus deveres para com os

²⁴ Art.5º, alínea f) da LP – “compromisso reduzido a escrito entre as comissões de protecção de crianças e jovens ou o tribunal e os pais, representante legal ou quem tenha a guarda de facto e, ainda, a criança e o jovem com mais de 12 anos, pelo qual se estabelece um plano contendo medidas de promoção de direitos e de protecção”.

filhos, velando pela sua segurança e saúde (art. 4º, alínea f) da LPCJP, art. 1878º, n.º 1 do CC, e art. 36º, n.º 5 da CRP); e da audição obrigatória e participação da criança nos assuntos e processos que lhe digam respeito (art. 4º, alínea i) da LPCJP).

O acordo de promoção e protecção relativo a medidas de colocação deve conter, para além do conteúdo genérico obrigatório (art. 55º), as cláusulas mencionadas do acordo anterior, mas com as devidas adaptações (art. 56º), e ainda devem constar deste acordo os requisitos do art. 57º.

De referir que as autoridades judiciais, nos termos da lei, que devam decidir sobre adopção, tutela, curatela, acolhimento familiar, apadrinhamento civil, entrega, guarda ou confiança de menores podem aceder ao registo criminal das pessoas a quem a criança possa ser confiada (para aferição da sua idoneidade), bem como das pessoas que coabitam com aquelas. As CPCJ podem solicitar essas informações ao Ministério Público (art. 3º da Lei n.º 113/2009, de 17 de Setembro).

7.1. Medidas no meio natural de vida

Como vimos, as medidas a aplicar no meio natural de vida são: apoio junto dos pais, apoio junto de outro familiar, confiança a pessoa idónea, apoio para a autonomia de vida e confiança a pessoa seleccionada para a adopção.

Desde já denotamos que há ordem de preferência por parte do legislador, sendo que há prioridade nas medidas de promoção junto da família e, em *ultima ratio*, recorre-se à institucionalização.

Pressupomos que o legislador pretende promover a integração da criança ou do jovem junto da sua família sempre que se vislumbre a presença de relações afectivas e que estas se demonstrem indispensáveis ao desenvolvimento harmonioso da criança ou do jovem.

Todas estas medidas revelam o respeito pelo princípio da prevalência da família, sendo que esta é chamada a participar activamente no projecto de vida da criança ou jovem em perigo de modo a afastar os factores que determinaram a intervenção. O objectivo é permitir à criança ou jovem o direito a viver num ambiente familiar normal, tranquilo e

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

afável e a ser tratado como filho (art. 69º da CRP).

Neste sentido, a medida de apoio junto dos pais (art. 39º) representa o primado do princípio da prevalência da família (interligado com o art. 1877º e seguintes do CC), uma vez que proporciona à criança “apoio de natureza psicopedagógica e social e, quando necessário, ajuda económica” de modo a que a prossecução do objectivo seja mais eficaz.

A medida de apoio junto de outro familiar (art. 40º) recorre à família alargada, colocando a criança ou o jovem sob a guarda de um familiar com quem resida (ou seja, presume-se que haja vinculação afectiva) ou a quem seja entregue, e sendo “acompanhada de apoio de natureza psicopedagógica e social e, quando necessário, ajuda económica” (art. 40º).

Os pais ou os familiares a quem a criança ou o jovem sejam entregues podem beneficiar de um programa de formação que tem em vista o melhor exercício das funções parentais. Não nos podemos esquecer que o programa de formação é sempre de acordo com o interesse superior da criança (art. 4º, alínea a) e não com os interesses dos pais ou de quem exerce as responsabilidades parentais. As necessidades físicas e psicológicas da criança ou jovem prevalecem sobre as dos pais ou pessoas a quem cabem deveres jurídicos análogos.

Estas medidas, previstas nos artigos 39º e 40º, podem abranger o agregado familiar da criança ou do jovem (art. 42º).

No art. 43º é prevista a medida de confiança a pessoa idónea, a qual consiste “na colocação da criança ou do jovem sob a guarda de uma pessoa que, não pertencendo à sua família, com eles tenha estabelecido relação de afectividade recíproca”, ou seja, quando não seja possível o apoio junto dos pais ou da família alargada e se vislumbrem relações afectivas recíprocas entre um terceiro e a criança ou jovem, a confiança a pessoa idónea é uma forma de proteger a criança ou jovem do perigo, sendo que aquela passa a exercer as responsabilidades parentais (art. 1907º do CC).

A medida de apoio para a autonomia de vida, mencionada no art. 45º, é dirigida aos jovens com idade superior a 15 anos, de modo a proporcionar-lhes directamente apoio económico e acompanhamento psicopedagógico e social, nomeadamente através do acesso a programas de formação, e “condições que o habilitem e lhe permitam viver por si só e

adquirir progressivamente autonomia de vida” (interligado com o preceito constitucional do art. 70º da CRP). Como podemos ver, esta medida constitui um desafio para o jovem, de forma a incentivá-lo a construir o seu futuro, participando em todos os actos e assuntos que lhe dizem respeito (art. 4º, alínea i) e art. 12º CDC).

As medidas previstas nas alíneas a), b), c) e d), do artigo 35º, “têm a duração estabelecida no acordo ou na decisão judicial” (art. 60º, n.º1), não podendo ter duração superior a um ano, mas podem “ser prorrogadas até 18 meses se o interesse da criança ou do jovem o aconselhar e, no caso das medidas previstas nas alíneas b) e c), desde que se mantenham os consentimentos e os acordos legalmente exigidos” (art. 60º, n.º2).

7.2. Medidas de Colocação

Não sendo possível a aplicação das medidas de apoio junto dos pais, junto de outro familiar ou confiança a pessoa idónea, ou seja, quando a criança ou jovem não pode beneficiar dos cuidados parentais, e ainda quando não exista a pessoa de referência (como referido anteriormente), recorre-se ao acolhimento familiar.

O acolhimento familiar, previsto nos artigos 46º e seguintes, representa uma das soluções gravosas para a criança ou jovem, uma vez que é afastado do seu contexto familiar. No entanto, é dada a possibilidade da “atribuição da confiança da criança ou do jovem a uma pessoa singular ou a uma família”. O que se exige é que a referida família tenha habilitações para o efeito, nomeadamente para satisfazer as necessidades da criança ou jovem, de forma a integrá-lo em meio familiar, “e a prestação de cuidados adequados às suas necessidades e bem-estar e a educação necessária ao seu desenvolvimento integral” (art. 46º, n.º1).

O conceito de família abrange “duas pessoas casadas entre si ou que vivam uma com a outra há mais de dois anos em união de facto ou parentes que vivam em comunhão de mesa e habitação” (art. 46, n.º 2). Neste sentido, estamos perante famílias de acolhimento em lar familiar.

O acolhimento familiar pode ser de curta duração ou prolongado. Considera-se de curta duração quando seja previsível o retorno da criança ou do jovem à família natural em

prazo não superior a 6 meses; considera-se acolhimento prolongado quando, apesar de ser previsível o retorno à família natural, circunstâncias que digam respeito à criança ou jovem exigem um acolhimento de maior duração (art. 48º).

Este sistema de colocação em famílias de acolhimento pode trazer consequências gravosas para a criança em virtude do seu carácter temporário que, normalmente não excede os 6 meses, a não ser que circunstâncias relativas à criança ou jovem aconselhem prolongamento do prazo. São criadas situações de “instabilidade e sofrimento à criança, pelas sucessivas separações a que estão sujeitas, o que gera uma impossibilidade de as crianças desenvolverem relações emocionais com as pessoas que cuidam delas”²⁵. Acontece quando as crianças estão sempre a mudar de família ou de instituição ou quando ficam muito tempo com a mesma família de acolhimento, sendo que essas separações acarretam muito sofrimento para as crianças como para as pessoas que cuidam delas.

Em nosso entender, deve ser encarada como uma medida de excepção.

A família de acolhimento pode ainda, nos termos do art. 47º, n.º 3, ter características de lar profissional (pessoas com formação técnica adequada).

Por último, temos o acolhimento em instituição que é a medida mais gravosa, uma vez que separa a criança do seu contexto familiar, bem como social, o que pode revelar-se desumano e traumatizante para a criança. Neste sentido, deve ser a medida aplicada em *ultima ratio*.

A medida de acolhimento em instituição consiste “na colocação da criança ou jovem aos cuidados de uma entidade que disponha de instalações e equipamento de acolhimento permanente e de uma equipa técnica que lhes garantam os cuidados adequados às suas necessidades e lhes proporcionem condições que permitam a sua educação, bem-estar e desenvolvimento integral” (art. 49º).

O acolhimento em instituição pode ser de curta duração ou prolongado (art. 50º).

O acolhimento de curta duração tem lugar em casa de acolhimento temporário (CAT) por prazo não superior a 6 meses. Durante esse período de tempo, procede-se ao diagnóstico da situação da criança e à definição do seu encaminhamento subsequente, podendo decidir-se: se a criança ou jovem deve regressar ao seio familiar, desencadeando-

²⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O poder paternal como cuidado parental...*, Ob. Cit., p. 55.

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

se medidas de apoio familiar, nomeadamente formação parental para facilitar a integração; se deve ser encaminhada para adopção, em virtude de inexistência ou ruptura de laços familiares ou afectivos; ou se pode ser confiada a pessoa idónea ou, não sendo possível, em família de acolhimento.

O prazo mencionado pode ser excedido quando “por razões justificadas, seja previsível o retorno à família ou enquanto se procede ao diagnóstico da respectiva situação e à definição do encaminhamento subsequente” (art.50º, n.º 3).

Não ocorrendo nenhuma das situações mencionadas, o acolhimento é prolongado (prazo superior a 6 meses) e a criança ou jovem é colocado num lar de infância e juventude (art. 50º, n.º 4).

Os lares de infância e juventude “devem ser organizados segundo modelos educativos adequados às crianças e jovens neles acolhidos”, podendo ser especializados (art. 51º).

“As instituições de acolhimento funcionam em regime aberto e são organizadas em unidades que favoreçam uma relação afectiva do tipo familiar, uma vida diária personalizada e a integração na comunidade” e têm apenas como limites “os resultantes das suas necessidades educativas e da protecção dos seus direitos e interesses” (art. 53º, n.º 1 e 2).

De notar que a criança e o jovem acolhidos em instituição veem os seus direitos respeitados pela consagração de um regulamento interno das instituições, onde devem constar os direitos previstos no art. 58º, nomeadamente: manter regularmente, e em condições de privacidade, contactos pessoais com a família e com pessoas com quem tenham especial relação afectiva; receber uma educação que garanta o desenvolvimento integral da sua personalidade e potencialidades; usufruir de um espaço de privacidade e de um grau de autonomia na condução da sua vida pessoal adequados à sua idade e situação; não ser transferidos da instituição, salvo quando seja do seu interesse; entre outros.

As instituições têm que cuidar e proteger a criança e o jovem, mas sem nunca “esquecer que essa mesma criança ou jovem tem uma identidade, tem raízes, criou afectos e tem um contexto sócio-familiar próprio que importa preservar, sempre que possível”²⁶.

²⁶ CLEMENTE, Rosa, *Inovação e Modernidade no Direito de Menores...*, Ob. Cit., p.120.

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

No entanto, “ não podemos permitir que estas crianças cresçam num ambiente de “visitas” satisfatórias num qualquer equipamento social mas sem perspectivas de integração futura numa família. O futuro das crianças não deve passar por um “internamento”, por melhor que seja o equipamento social em que se encontrem, mas sim, pela sua integração numa família que as proteja todos os dias.”²⁷

A família é a referência de todo e qualquer ser humano, representa o nosso equilíbrio psicológico e emocional. Retirar a criança desse contexto é como se lhe “puxassem o tapete debaixo dos pés”. A criança ou jovem sente-se insegura, isolada, perdida. Não podemos desvalorizar a criança ou jovem como ser humano sujeito de direitos.

“A institucionalização não permite a manutenção da ligação da criança à figura primária de referência nem o estabelecimento de laços emocionais com uma nova pessoa de referência, o que tem por consequência a baixa autoestima das crianças, solidão e sentimentos de isolamento”²⁸. Assim, a institucionalização deve ser reservada apenas a casos excepcionais e quando excluídas todas as outras alternativas.

No caso de abusos sexuais perpetrados pelos pais, representantes legais ou detentores da guarda de facto, a medida aplicada geralmente é a de acolhimento institucional, mesmo a título provisório. Com o nosso estudo, concluímos que este sistema confere demasiado poder aos progenitores agressores (ou representantes legais ou detentores da guarda de facto), sendo que a vítima, neste caso a criança ou jovem, para além do impacto traumático da vitimação perpetrada pelo(s) progenitor(es), representantes legais ou detentores da guarda facto, ainda sofre alterações profundas no seu contexto familiar e social.

Parece-nos uma intervenção contraditória: a criança ou jovem tem que ser protegido do agressor, mas é-lo através de uma medida em que é a própria criança que é afastada do meio familiar.

²⁷ Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 2-10-2012, proc. N.º 305/11.5TMLS.L1-7, relatora: Dina Monteiro.

²⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O poder paternal como cuidado parental...*, Ob. Cit., p. 55.

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

Medidas como a retirada da criança ou jovem do seio familiar e outras alterações, mas igualmente marcantes, não contribuem para o desenvolvimento harmonioso da criança ou jovem.

Antes de se recorrer à institucionalização, existem outras alternativas menos gravosas.

A medida de apoio junto dos pais (art.39º) faz sentido quando haja apenas um agressor (sem cúmplice), isto é, que seja possível o afastamento do progenitor agressor da residência da criança ou do jovem para que esta resida apenas com o progenitor não agressor, sendo-lhe fornecido apoio económico. O que acontece é que a LPCJP não prevê expressamente esta medida de afastamento do agressor como forma de remover o perigo em que a criança ou jovem vítima de abusos sexuais se encontra. Seguimos a orientação da Juíza Conselheira Maria Clara Sottomayor no sentido em que a medida de afastamento do agressor, prevista no art. 152º, n.º4 e 5 do CP, para o caso de maus tratos conjugais, também deveria ser aplicável no caso de abusos sexuais de criança. Parece-nos uma solução que salvaguarda o interesse superior da criança, na medida em que a criança ou jovem “continue integrada na família e não seja duplamente punida com a institucionalização”²⁹. A aplicação da medida de coacção de prisão preventiva permite ainda, com mais eficácia, a protecção e a recuperação da criança junto do progenitor não abusador (e não cúmplice) ou de outro membro da família alargada.

Se os agressores forem ambos os progenitores, devem ser fortalecidos os laços dos outros membros da família não abusadores, nomeadamente recorrendo às medidas de apoio junto de outro familiar (art. 40º); ou, não sendo possível recorrer à família alargada, deve aplicar-se a medida de confiança a pessoa idónea que, não pertencendo à família, tenha estabelecido com a criança e com os membros da família uma relação de afectividade recíproca (art. 43º), o que pode suceder com vizinhos e professores, sendo atribuído apoio económico.

Não se vislumbrando laços afectivos, aplica-se o acolhimento familiar (art. 46º), se não for possível encaminhamento para adopção.

A institucionalização deve ser a *ultima ratio*.

²⁹ Ob. Cit., p. 59.

As medidas de colocação, previstas no art.35º, alíneas e) e f), “têm a duração estabelecida no acordo ou na decisão judicial” (art.61º).

A medida de protecção prevista na alínea g) do art.35º, a confiança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista à adopção, é uma medida que se enquadra em lei especial, nomeadamente no instituto da adopção. Esta medida não será analisada em virtude de ser um tema extenso e não ser objecto do nosso estudo.

7.3. Revisão das medidas

As medidas aplicadas são obrigatoriamente revistas “findo o prazo fixado no acordo ou na decisão judicial e, em qualquer caso, decorridos períodos nunca superiores a seis meses” (art. 62º, n.º 1). A revisão pode ainda ter lugar antes de decorrido o prazo fixado no acordo ou na decisão judicial, oficiosamente ou a pedido das pessoas referidas nos artigos 9º e 10º, desde que ocorram factos que a justifiquem (art. 62º, n.º 2).

O objectivo é actualizar a situação em que a criança ou o jovem se encontra.

A revisão pode determinar (art.62º, n.º3): a cessação da medida, a substituição da medida por outra mais adequada, a continuação ou a prorrogação da execução da medida, ou a verificação das condições de execução de medida.

As medidas provisórias são obrigatoriamente revistas no prazo máximo de seis meses após a sua aplicação (art.60, n.º6).

As medidas cessam nos termos do art.63º.

8.Intervenção do Ministério Público

O Ministério Público, enquanto entidade encarregada de executar a política criminal definida pelos órgãos de soberania, deve exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e de objectividade (art. 219º, n.º 1 CRP e arts. 53º, n.º1, e 262º, n.º2, do CPP) e deve representar a criança, protegendo os seus interesses (art.º 3, n.º1, alínea a) da Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto).

A LPCJP atribui ao MP as funções de controlo da legalidade e de fiscalização da actividade processual das comissões, bem como de representação da criança e do jovem em perigo, sendo que pode requerer a abertura de processos judiciais de promoção e de protecção (propondo acções), requerer diligências tutelares cíveis e usar quaisquer meios judiciais necessários à promoção e defesa dos seus direitos e à sua protecção (art. 72º). Neste sentido se pode afirmar que o MP assume um papel de apoio, uma vez que acompanha a actividade das comissões, e de controlo.

É, ainda, atribuído ao MP o papel de garante da intercomunicabilidade entre as CPCJ e os tribunais, que é indispensável ao funcionamento do modelo de intervenção mista caracterizador deste sistema.

Como representante da criança ou jovem em perigo, cabe ao MP a iniciativa de abertura de processo judicial de promoção e protecção (art.105º).

O sistema consagrado na LPCJP admite duas formas de abertura de um processo de promoção e protecção: através do conhecimento directo e do conhecimento indirecto da situação de perigo em que a criança ou o jovem se encontra, ou seja, depende das comunicações dessas situações.

8.1. Comunicações do Ministério Público

“Qualquer pessoa que tenha conhecimento das situações previstas no artigo 3º, pode comunicá-las às entidades com competência em matéria de infância ou juventude, às entidades policiais, às comissões de protecção ou às autoridades judiciárias” (art. 66º, n.º 1), esta comunicação consubstancia conhecimento directo por parte do MP.

Como regra geral, e por respeito ao princípio da subsidiariedade (art. 4º), sempre que haja este conhecimento no exercício das suas funções, o MP deve encaminhar o caso para as CPCJ (art. 64º, n.º1), salvo quando “tenha conhecimento das situações de crianças e jovens em perigo residentes em áreas em que não esteja instalada comissão de protecção” (art. 73º, n.º1, alínea a). Assim, o MP já não tem de ponderar a abertura de procedimento judicial.

Nem sempre se verifica este encaminhamento para as CPCJ, sendo que o sistema configura duas excepções: a prevista no art. 65º, n.º 2, e a do art. 74º da LPCJP.

Quando a “comissão de protecção não esteja instalada ou quando não tenha competência para aplicar a medida adequada, designadamente sempre que os pais da criança ou do jovem expressem a sua vontade quanto ao seu consentimento ou à não oposição para a futura adopção, as entidades devem comunicar a situação de perigo directamente ao Ministério Público”, isto é, quando a intervenção da comissão tem em vista a aplicação da medida de protecção de confiança a pessoa seleccionada para adopção ou a instituição com vista a futura adopção (art. 35º, alínea g)), devem remeter o caso para o MP (art. 68º, alínea a)), implicando a abertura obrigatória de um processo judicial de promoção e protecção, pois estas medidas são da exclusiva competência dos tribunais (art. 38º).

Nos termos do art. 74º, o MP, depois de analisar a situação de forma sumaríssima, pode arquivar liminarmente se entender que a comunicação apresenta “manifesta falta de fundamento” ou quando haja “desnecessidade da intervenção” e, neste sentido, não é obrigatória a comunicação às CPCJ.

8.2. Comunicações ao Ministério Público

O art. 68º contempla as situações que implicam a comunicação obrigatória das comissões de protecção ao Ministério Público. Á excepção das alíneas a) e e) que já analisámos e que sabemos ser obrigatória a abertura do processo judicial uma vez que se tratam de matérias de exclusiva competência dos tribunais, faltam analisar as restantes situações: de impedimento (alínea b)) e de impossibilidade (alíneas c) e d)). Também impede a acção da comissão a situação representada no art. 96º que diz respeito à guarda ocasional.

a) Impedimentos

Nos termos da alínea b) do art. 68º, a comunicação da CPCJ ao MP deve ocorrer quando “não sejam prestados ou sejam retirados os consentimentos necessários à sua intervenção, à aplicação da medida ou à sua revisão, em que haja oposição da criança ou do

jovem”, ou seja, quando faltam os pressupostos (art. 9º e 10º) que tornam legítima a sua intervenção, a CPCJ tem de remeter o processo ao MP (art. 95º), “ou em que, tendo estes sido prestados, não sejam cumpridos os acordos estabelecidos”, isto é, havendo ausência de acordo ou o seu incumprimento e “mantendo-se a situação que justifique a aplicação de medida, a comissão de protecção remete o processo ao Ministério Público” (art. 98º, n.º4).

No mesmo sentido segue o estabelecido no art.96º para os casos de guarda ocasional, “quando a criança se encontra a viver com uma pessoa que não detém o poder paternal nem é seu representante legal nem tem a guarda de facto” (n.º 1), e a comissão não consegue actuar porque houve oposição da pessoa com quem ela reside (n.º 2). Assim, a comissão encontra-se na obrigação de comunicar a situação ao MP (art. 96º, n.º 3).

b) Impossibilidades

Dizem respeito às situações que se prendem com questões de natureza processual ou instrumental e com o desempenho das comissões, nomeadamente quando não obtenham a disponibilidade de meios necessários para aplicar ou executar a medida que considerem adequada ou quando não tenha sido proferida decisão decorridos seis meses após o conhecimento da situação da criança ou do jovem em perigo (art.68º, alíneas c) e d)).

Quando a comunicação ao Ministério Público for por causa de impedimento, a acção das comissões cessa com a comunicação, o que implica sempre a abertura de um processo judicial.

Se a comissão comunicar as situações de impossibilidade, a sua intervenção pode não cessar se o MP ponderar sanar as “irregularidades” ou dificuldades de desempenho, procurando sempre soluções e facultando todos os meios necessários que tem ao seu dispor para o processo prosseguir e para garantir que a criança e o jovem em perigo continuem protegidos e em segurança. Caso contrário, o MP pode propor acção judicial (art. 71º, n.º1).

O Ministério Público, em virtude do acompanhamento da actividade das CPCJ, pode ainda “requerer a apreciação judicial da decisão da Comissão de protecção quando entenda que as medidas aplicadas são ilegais ou inadequadas para promoção dos direitos e protecção da criança ou do jovem em perigo” (art. 76º, n.º1). Neste sentido, o MP aprecia a

actividade da comissão, respeitando os princípios da legalidade e objectividade, tendo como finalidade avaliar o mérito da decisão das Comissões quanto à adequação dos meios para afastar a situação de perigo e se os referidos meios estão de acordo com as normas aplicáveis.

9. A (in)adequação do princípio da subsidiariedade aos casos de abuso sexual de crianças intrafamiliar

Tem-se vindo a debater a questão relacionada com as comunicações ao Ministério Público de situações de perigo que integram a prática de crime (art. 70º), uma vez que estas comunicações não determinam a cessação de intervenção das Comissões, a não ser que os consentimentos legalmente exigidos não sejam prestados ou sejam retirados.

Estando perante uma situação de perigo em que existe suspeita de prática de crime, nomeadamente de abuso sexual, em que os suspeitos são os pais, os representantes legais ou os detentores da guarda de facto da criança, faz sentido que as Comissões possam intervir? Deveria esta matéria ser da exclusiva competência dos Tribunais?

De acordo com a LPCJP, as Comissões têm legitimidade para intervir quando a criança se encontre numa das situações de perigo previstas nas alíneas do art. 3º, n.º 2, e quando não seja possível às entidades com competência em matéria de infância e juventude actuar de forma adequada e suficiente a remover o perigo em que se encontram. A sua intervenção depende do consentimento expresso dos pais, representantes legais ou pessoa que tenha a guarda de facto, bem como da não oposição da criança ou jovem. Faltando os consentimentos necessários à intervenção das CPCJ é que a intervenção dos tribunais se verifica, o que retrata a expressão do princípio da subsidiariedade.

Mas será legítimo negociar com os suspeitos do abuso e, por seu turno, legitimar o acordo com os agressores? E com os seus cúmplices, no caso de o progenitor não agressor não proteger a criança do abuso praticado pelo pai/mãe ou padrasto/madrasta da criança? Ou ainda, reportando-nos a casos mais frequentes, com os respectivos companheiros?

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

A exigência dos consentimentos expressos, tanto dos pais e das pessoas com deveres jurídicos análogos (art. 9º), como o da criança ou jovem (art. 10º), visa o respeito e obediência pelos preceitos constitucionais dos artigos 25º e 26º da CRP mas, sobretudo, a aplicação dos princípios que orientam a intervenção das CPCJ, nomeadamente o princípio da audição obrigatória e participação, o princípio da responsabilidade parental e a prevalência da família. Não havendo consentimento expresso, de início, as negociações tornam-se morosas, o que vai contra o carácter urgente destas intervenções.

As CPCJ devem actuar primacialmente conforme o interesse superior da criança, afastando-a da situação de perigo em que se encontra e tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo (art. 3º CDC). Para aferirem o interesse superior da criança, as CPCJ devem realizar um diagnóstico (baseado em relatórios sociais e exames médicos) e, para tal, deve ser garantido à criança o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe dizem respeito, bem como participar nos mesmos processos (art. 12º da CDC e art. 4º alínea i) da LPCJP).

O que se pretende com o princípio da subsidiariedade é evitar que a intervenção das CPCJ seja vista como uma intromissão na esfera da vida privada da criança e da sua família porque a descoberta de uma situação de crime sexual no seio da família provoca alterações profundas e até irreversíveis na estrutura familiar e no desenvolvimento da criança (a nível físico e psicológico). Assim, a função reparadora e protetora da família levada a cabo pelas CPCJ (art. 4º alíneas b), f) e g) e art. 26º da CRP) permite trabalhar a família em conjunto aplicando as medidas necessárias, com a colaboração dos pais e da criança.

Até nos pode parecer uma posição mais razoável sob o ponto de vista do princípio da presunção de inocência (art. 32º, n.º 2, da CRP), se o que existe é uma suspeita da prática do crime, então “o processo deve assegurar todas as necessárias garantias práticas de defesa do inocente e não há razão para não considerar inocente quem não foi ainda solene e publicamente julgado culpado por sentença transitada”³⁰. Não se fazendo prova de que, efectivamente, o crime foi praticado, não se deve proceder, segundo a preferência do sistema da LPCJP, à ruptura dos laços familiares (art.º 4, alínea g).

³⁰ SILVA, Germano Marques, *Curso de Processo Penal I*, Lisboa, 2008.

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

No nosso entender, a LPCJP foi elaborada para proteger e representar os direitos e interesses da criança e não os dos pais ou pessoas sobre quem recaiam deveres jurídicos análogos.

Tratando-se de casos de abuso sexual, não será de considerar que este sistema confere demasiado poder à família, mais propriamente ao agressor ou agressores?

Cabendo à família o poder de decidir sobre a intervenção das CPCJ, este modelo de cooperação com as famílias pode desproteger as crianças, mantendo-as na mesma situação de perigo, porque “os interesses dos pais não são os mesmos interesses que os dos filhos e estes sozinhos não podem fazer valer os seus interesses contra os dos pais”³¹.

Também não nos parece solução razoável se os consentimentos, depois da negociação, forem finalmente prestados. A tendência seria originar um clima de desconfiança e insegurança em relação a todos os intervenientes, dificultando a acção das CPCJ, para além da morosidade que este processo envolve, o que se torna prejudicial e contrário ao interesse da criança.

Neste sentido, consideramos que estes crimes, bem como os de violência doméstica e maus tratos, devem ser logo encaminhados para o MP e para os tribunais de família.

Vejamos.

O crime de abuso sexual previsto e punido no art. 171º do CP é um crime público e, no caso de o autor do crime ser pai da vítima, não é necessária a sua iniciativa processual, o que bem se entende porque caso contrário os factos que consubstanciam o crime seriam sempre silenciados no seio da família³².

No seguimento deste entendimento, se o crime é de natureza pública e não necessita de queixa dos pais para o MP exercer a acção penal, quando um deles, ou ambos, são suspeitos da prática do crime de abuso sexual do/a filho/a, porque é que se deve procurar esse mesmo consentimento para as CPCJ poderem actuar? Nestes casos, entende-se como óbvio que a probabilidade dos pais (ou sobre quem recaiam deveres jurídicos análogos) não prestarem o consentimento necessário para aquela intervenção é bastante elevado, tendo em

³¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O poder paternal como cuidado parental...*, Ob. Cit., p. 58.

³² ROCHA, Dulce, *Curso Intensivo sobre o Direito das Crianças*, Universidade Católica de Lisboa, texto policopiado, p. 9 - “O que bem se compreende, conhecida a extensão do crime de abuso sexual dentro da família e bem assim o muro de silêncio construído com vista à sua negação.”

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

conta que se justifica a propositura de uma acção de inibição do exercício do poder paternal e ainda que “as crianças muitas vezes não contam o abuso, por medo de represálias do pai ou por sentimentos de culpabilidade em relação a uma futura prisão do pai, ou ainda devido à generalizada falta de crédito na comunicação infantil, assim como a uma visão da criança como alguém que seduziu”³³.

Neste sentido, há quem defenda a existência de incoerência no sistema pois, para além do exposto, não se pode descurar o facto de estar em causa a violação de direitos fundamentais da criança por parte do agressor a quem cabiam responsabilidades especiais de cuidar, o que impõe intervenção judicial³⁴.

Tratando-se de situações que assumem particular gravidade, que exigem ruptura com os laços familiares e grave violação dos direitos fundamentais da criança, bem como coragem para decidir, em certos casos, por medidas de colocação (art.46º e ss da LPCJP), consideramos que o interesse superior da criança manifestado deve “consumir” o princípio da subsidiariedade. Estas situações deveriam constar no art.11º da LPCJP como excepções a este princípio.³⁵

Esta competência reservada aos tribunais perfilha a necessária intervenção precoce, o que torna mais eficaz o respeito pelos direitos da criança, evitando a consumação de mais danos.

³³ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O poder paternal como cuidado parental...*, Ob. Cit., p.17.

³⁴ ROCHA, Dulce, *Curso Intensivo sobre o Direito das Crianças...*, Ob. Cit., p.8 e 9.

³⁵ Ob. Cit., p. 9-10 - “Ora, afigura-se-me que a unidade do sistema jurídico reclama, com base nos mesmos pressupostos, considerando a especial censurabilidade inerente ao crime e as gravíssimas consequências a nível psicológico que a sua prática acarreta para as vítimas, particularmente se o agressor é o pai ou o seu representante legal, devendo, por isso manter com ela uma relação afectiva saudável, considerado tudo isto, creio que o sistema ficaria mais coerente se estes casos fossem excluídos da competência das Comissões de Protecção, visto que pela sua natureza e gravidade devem ser tratados por uma entidade com autoridade para intervir independentemente do consentimento”.

10. Os Procedimentos de Urgência: tentativas de contornar os inconvenientes do princípio de subsidiariedade

A LPCJP, nos seus arts. 91º e 92º, capítulo VII, consagra o regime dos procedimentos de urgência que, como a própria denominação indica, é um regime que exige características de perigo especiais sendo utilizado para situações excepcionais.

Tanto os procedimentos urgentes na ausência do consentimento (art. 91º), como os procedimentos judiciais urgentes (art. 92º) têm lugar “quando exista perigo actual ou iminente para a vida ou integridade física da criança ou do jovem” (art. 91º, n.º 1), ou seja, não basta que exista uma situação de perigo como analisamos no art. 3º, esta situação tem ainda que se verificar num momento actual ou iminente e representar um perigo para a vida ou integridade física da criança ou jovem. Só se verificando estas especiais condições é que estamos perante uma situação de urgência (art. 5º), na sua ausência a intervenção segue os moldes normais.

A questão que se coloca é: como é que se identificam ou reconhecem essas condições para a determinação da situação de perigo actual e iminente, se a própria Lei não estabelece critérios?

Parece-nos muito difícil a identificação destas situações, pois para ser actual e iminente exige-se que alguém presencie os actos que põem em causa a vida e a integridade física da criança. Mas a maioria dos casos não estão “à vista” de todos e muitas das vezes são silenciados, como por exemplo os crimes de abusos sexuais intrafamiliares. Também sabemos que estes crimes podem não deixar marcas visíveis de actos³⁶⁻³⁷ que foram praticados e que atentam contra a integridade física da criança ou do jovem. Como é que avaliamos se existe ou não urgência? Nestes casos, só será possível decretar situação de emergência se, através dos factos que foram transmitidos e da análise do local, for

³⁶ Vide Acórdão Tribunal da Relação de Guimarães, proc. n.º 42/06.2TAMLG.61, relator: Cruz Bucho - caso em que o pai, quando o filho se ia deitar ou quando fazia a sesta à tarde, despia-se e deitava-se com o menor na cama, esfregando o seu pénis erecto nas nádegas do seu filho, acariciando as mesmas, até obter satisfação sexual.

³⁷ JARDIM, Patrícia José Anastácio, *O abuso sexual na criança...*, Ob. Cit., p.18 - “Muitos dos casos cursam com ausência de lesões e de vestígios físicos ou biológicos, o que não significa que a agressão não tenha acontecido”.

previsível que a criança ou jovem se depare com aquela situação de perigo. No entanto, não nos parece uma solução “sóbria”.

Há quem defenda que “na lógica do dispositivo cabem também os casos em que o perigo, tendo objectivamente terminado, *maxime* pela presença das entidades ou autoridades, ainda se verifique actos ou características da criança e do espaço em que se encontra reveladores daquele perigo”³⁸.

O art. 91º, n.º 1, exige ainda, para que haja situação de emergência, “oposição dos detentores do poder paternal ou de quem tenha a guarda de facto” à intervenção de protecção. Embora a epígrafe da norma (procedimentos urgentes na ausência de consentimento) faça menção ao consentimento, o n.º 1 do art. 91º fala-nos em oposição. Parece-nos que, tendo em conta a natureza de urgência deste sistema, faz sentido exigir-se apenas a mera oposição dos detentores do poder paternal ou qualquer acção que dê a entender a sua oposição, em vez das formalidades que o “não consentimento” acarreta.

Verificada uma situação de perigo em condições especiais, que ponham em causa a vida e integridade física da criança ou jovem, “qualquer das entidades referidas no art. 7º ou as comissões de protecção tomam as medidas adequadas para a sua protecção imediata e solicitam a intervenção do tribunal ou das entidades policiais” (art. 91º, n.º 1).

Assim, tanto as entidades com competência em matéria de infância e juventude como as comissões podem intervir para a protecção imediata da criança, mas têm que solicitar a intervenção do tribunal. Esta representa a regra geral, conforme o art. 11º, alínea b) e o princípio da subsidiariedade, em que há intervenção judicial quando “não seja prestado ou seja retirado o consentimento necessário à intervenção da comissão de protecção (...)”.

Sendo solicitada a intervenção das entidades policiais para actuar numa situação de urgência, estas devem comunicar a situação ao MP se as entidades com competência em matéria de infância e juventude não o tenham feito ou nem sequer tenham solicitado a intervenção judicial; ou quando seja impossível o contacto com o tribunal (art. 91º, n.º 2).

Se não for possível ou enquanto não for possível a intervenção judicial, cabe às entidades policiais intervir para a protecção imediata da criança ou do jovem, como consta

³⁸ CLEMENTE, Rosa, *Inovação e Modernidade no Direito de Menores...*, Ob. Cit., p. 231.

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

da parte final do n.º 1 do art. 91º. Neste contexto, “as autoridades policiais retiram a criança ou o jovem do perigo em que se encontra e asseguram a sua protecção de emergência em casa de acolhimento temporário, nas instalações das entidades referidas no artigo 7º ou em outro local adequado” (art. 91º, n.º 3).

Nesta perspectiva, a opção do legislador em atribuir esta função às autoridades policiais e não às CPCJ tem uma certa lógica uma vez que as CPCJ não se podem impor aos pais ou aos detentores do poder paternal pelo uso da força, nomeadamente quando se trata de uma decisão que contraria a sua vontade. Esta capacidade é apenas reconhecida às forças policiais. As CPCJ devem funcionar como colaboradoras das autoridades policiais pois, apesar de não serem dotadas do poder de decisão da retirada da criança, são entidades especializadas em detectar as situações de perigo, estão preparadas para efectuar diagnósticos precisos de modo a averiguar a melhor solução para a criança ou jovem. “A intenção do legislador é a de fazer intervir as CPCJ confiando no saber específico, na experiência e na capacidade técnica dos membros que compõem a comissão (...) para melhor avaliar as condições de perigo em concreto, concluindo pela sua natureza de situação de urgência (ou não)”³⁹.

“O Ministério Público, recebida a comunicação efectuada por qualquer das entidades referidas nos números anteriores, requer imediatamente ao tribunal competente procedimento judicial urgente nos termos do artigo seguinte” (art. 91º, n.º 4).

Apesar dos procedimentos de urgência se apresentarem como solução, nos casos em que os consentimentos necessários à intervenção não sejam prestados ou sejam retirados, raramente serão utilizados uma vez que é necessário preencher os requisitos de perigo actual e iminente, sendo que a própria Lei não determina critérios objectivos para determinação dessa situação, o que dificulta essa intervenção. Por outro lado, como vimos, a retirada da criança ou jovem de casa de família não se afigura como a medida mais correcta e a favor do interesse da criança ou jovem.

³⁹ Ob. Cit., pp. 236 -237.

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

O encaminhamento imediato destas situações de perigo para os tribunais averigua-se como a melhor solução, seguindo o entendimento de Dulce Rocha, pois os casos de grande conflito devem ser de competência dos tribunais.⁴⁰

⁴⁰ ROCHA, Dulce, *Curso Intensivo sobre o Direito das Crianças...*, Ob. Cit., p.10.

CAPÍTULO III

Processos Tutelares Cíveis

Como vimos, e como resultado do nosso estudo, o crime de abuso sexual de crianças quando perpetrado pelos pais, ou por pessoas sobre quem recaiam deveres jurídicos análogos (tutores, companheiros dos pais, padrasto/madrasta) justifica a necessidade de propositura de uma acção de inibição do poder paternal. Analisaremos, resumidamente, o desencadeamento deste processo.

Estando preenchidos, ou não, os pressupostos de intervenção das CPCJ (nomeadamente o consentimento expresso dos pais, representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto, art. 9º da LPCJP), estas têm sempre que comunicar ao MP “as situações de facto que justifiquem a regulação ou alteração do exercício do poder paternal, a inibição do poder paternal, a instauração da tutela ou a adopção de qualquer outra providência cível, nomeadamente nos casos em que se mostre necessária a fixação ou a alteração ou se verifique o incumprimento das prestações de alimentos” (art. 69º da LPCJP).

O processo de inibição da responsabilidade parental corre por apenso ao processo de promoção e protecção, e/ou processo-crime, “sendo competente para deles conhecer o juiz do processo instaurado em primeiro lugar” (art. 81º, n.º 1, LPCJP).

A sentença de condenação pode consagrar a inibição do poder paternal (art. 179º CP), mas como o processo-crime demora muito tempo e o seu resultado é incerto, por cautela e como salvaguarda dos interesses da criança, deve intentar-se acção cível de inibição do poder paternal.

Como vimos anteriormente, o art. 3º da Lei n.º 113/2009 permite às autoridades judiciais competentes, neste caso para efeitos de regulação/inibição do exercício das responsabilidades parentais, acederem à informação sobre identificação criminal das pessoas a quem o menor possa ser confiado, bem como das pessoas que coabitam com aquelas, para aferição da sua idoneidade e como elemento da tomada de decisão.

11. Inibição das Responsabilidades Parentais

As causas de inibição do poder paternal estão definidas no art. 1915º, n.º1, através de uma cláusula geral que inclui causas subjectivas (“quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos”); bem como causas objectivas (“quando por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostrem em condições de cumprir aqueles deveres”), em consonância com o art. 194º, da OTM. Ou seja, quando um dos progenitores ou ambos, ou pessoas sobre quem recaiam deveres jurídicos análogos, culposamente ou não, se encontram em situação de não poderem exercer cabalmente as responsabilidades parentais, a lei estabelece providências destinadas à salvaguarda do interesse dos filhos, nomeadamente a inibição ou limitação do exercício das responsabilidades parentais.

Assim, denotamos que o ónus da prova de processo civil é menos exigente que o de processo penal, uma vez que o objectivo é decidir o destino da criança ou jovem, de acordo com o seu interesse, e protegê-la de uma situação de perigo através da aplicação de medidas de protecção, não visando condenar penalmente o agressor, pois a sua culpa é irrelevante. Assim, nos processos tutelares cíveis, a noção de perigo não exige a consumação do dano, bastando para a aplicação das medidas de protecção que a sua verificação seja provável.

Quando há suspeita de abuso sexual de crianças desencadeado pelos pais, ou pessoas sobre quem recaiam deveres jurídicos análogos, deve ser instaurada providência de inibição judicial do exercício das responsabilidades parentais (art. 1915º do CC), uma vez que a situação ainda não está concretamente definida e deverá ser apreciada a final pelo tribunal competente, afigurando-se como uma inibição provisória (art. 157º OTM). Tratam-se daqueles casos em que os pais, ou um deles, são privados desse exercício, não por incorrerem numa das situações genéricas previstas na lei mas porque o tribunal competente, depois de ponderar as circunstâncias concretas do caso, decretou essa medida.

A inibição é decretada pelo tribunal, a requerimento do MP, de qualquer parente da criança ou jovem ou de pessoa a cuja guarda ela esteja confiada (art. 1915º do CC).

“A inibição pode ser total ou limitar-se à representação e administração dos bens dos filhos; pode abranger ambos os progenitores ou apenas um deles e referir-se a todos os filhos ou apenas a algum ou alguns” (art. 1915º, n.º 2, CC).

O carácter provisório previsto no art. 1915º do CC, permite que a inibição seja levantada quando cessem as causas que lhe deram origem, a requerimento do MP, a todo o tempo, ou por qualquer dos pais, passado um ano sobre o trânsito em julgado da sentença de inibição ou da que houver desatendido outro pedido de levantamento (art. 1916º CC).

A inibição do poder paternal deve incluir a suspensão do direito de visita do abusador ou abusadores, uma vez que tais contactos podem ser prejudiciais à criança ou jovem, os quais o tribunal fixará de acordo com o seu interesse (art. 1906º, n.º 5 e 7, do CC). “A interpretação da lei deve ser feita com o objectivo de impedir as falhas do sistema judicial, quando estão em causa a protecção dos mais vulneráveis e não deve permitir imperfeições do sistema que prejudiquem os mais fracos.”⁴¹

O direito de visitas é reforçado no art. 9º, n.º 3, da CDC, estipulando que os Estados partes devem respeitar “o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança” (sublinhado nosso).

Quando o interesse da criança ou jovem entre em conflito com o direito de visitas do progenitor, ou pessoa a quem cabem deveres jurídicos análogos, deve sempre prevalecer o interesse da criança.

“É desejável que as crianças convivam com ambos os progenitores, colhendo deles as referências que as nortearão para um desenvolvimento saudável. Porém, há casos excepcionais, em que esse contacto é nocivo e até contraproducente para o equilíbrio da criança.”⁴²

Assim, também nos processos de regulação das responsabilidades parentais em que há suspeitas de abuso sexual em relação a um dos pais, os tribunais, no exercício do seu dever de protecção de crianças e jovens (art. 3º, n.º 1 e 2, da CDC e 1906º, n.º 5 e 7 do CC), devem suspender as visitas, quando estas se mostrem incompatíveis com o interesse da

⁴¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O poder paternal como cuidado parental...*, Ob. Cit., p. 52.

⁴² Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-11-2009, de proc. n.º 6689/03.1TBCSC-A.L1-2, relator: Jorge Leal.

criança, e proceder a investigações dos factos, no exercício do poder inquisitório de que dispõem.

11.1. Inibição do poder paternal vs Princípio “in dubio pro reu”

Esta solução pode chocar com o princípio do “in dubio pro reu” do processo penal, sendo que, se ainda não houve prova dos factos e sentença decretada nesse sentido, o arguido é considerado inocente até prova em contrário e a dúvida reverte a seu favor.

Como sabemos, o processo penal e a Constituição da República Portuguesa consagram princípios garantísticos dos direitos do arguido perante o poder punitivo do Estado, nomeadamente o princípio “in dubio pro reu” ou da presunção de inocência (art. 32º, n.º 2 da CRP).

Estas garantias fazem sentido para o processo penal, uma vez que estamos perante um processo que culmina com uma condenação que pode determinar a restrição de direitos fundamentais, nomeadamente a privação da liberdade. Neste sentido, têm de haver exigências especiais de prova para se poder fundamentar a sentença.

Como foi dito anteriormente, o ónus da prova do processo civil é bastante diferente do ónus da prova do processo penal. Mais se acrescenta que, se estamos perante um processo de jurisdição voluntária (art. 150º da OTM), não existe “um conflito de interesses a compor, mas só um interesse a regular, embora podendo haver um conflito de opiniões ou representações acerca do mesmo interesse.”⁴³

Isto é, o tribunal pode “investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes; só são admitidas as provas que o juiz considere necessárias.” (art. 1409º, n.º 2, do CPC). Neste sentido, o juiz decide conforme o estabelecido no art. 1410º do CPC, ou seja, “não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adoptar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna”. Ao invés do processo penal, a decisão tomada em processo civil é a que melhor servir os interesses em causa, neste caso, o interesse a regular seria o da criança ou jovem.

⁴³ ANDRADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1979, p.72.

Em nosso entender, nestes casos de inibição do poder paternal, o centro do processo tem que ser a criança, de forma a regular o seu interesse (protecção da situação de perigo), pois o arguido tem os seus direitos salvaguardados em todo o processo penal, e a vítima é deixada para segundo plano.

Nesta fase “provisória”, somos da opinião que a providência da inibição do poder paternal deve ser requerida mas, se a criança ou jovem não revelasse comportamentos ou reacções negativas na presença do suspeito de crime de abuso sexual intrafamiliar, não deveria haver suspensão das visitas. As visitas seriam reguladas conforme o interesse da criança, no entanto, até à sentença, as visitas seriam sempre acompanhadas por entidades competentes para esse efeito, de forma a averiguar a existência ou não de laços afectivos. Caso diferente será se a criança ou jovem não quiser ver o suspeito, consideramos que essa vontade deve ser respeitada e, consequentemente, as visitas seriam suspensas.

“O direito de visita é um direito-dever, um direito-função, um direito a ser exercido não no exclusivo interesse do titular, mas, sobretudo, no interesse da criança. Não é, pois, um direito de carácter absoluto, visto que está subordinado ao interesse da criança. Por isso, pode ser limitado ou excluído, ou suspenso provisoriamente.”⁴⁴

12. Consequências da decretação de sentença condenatória e da sentença absolutória

12.1. Sentença Condenatória

Quando, em sede de processo-crime, a sentença decretada for condenatória⁴⁵, o Código Civil é bastante claro, considerando “de pleno direito inibidos do exercício das responsabilidades parentais os condenados definitivamente por crime a que a lei atribua esse efeito” (art. 1913º, n.º 1, alínea a) do CC). E, nos termos do art. 179º do C.P., quem for

⁴⁴ Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-05-2009, proc. N.º 2190/03.1TBCSC-B.L1-7, relator: Arnaldo Silva.

⁴⁵ JARDIM, Patrícia José Anastácio, *O abuso sexual na criança...*, Ob. Cit, pp. 37 e 38 – A análise das 185 decisões judiciais revelou que a maioria dos casos (68.1%) foram arquivados pelo Ministério Público, a maioria por falta de provas (54.8%) e apenas 30.8% foram acusados e julgados; 1% dos processos foram suspensos provisoriamente (nos termos do art. 281º do CPP); nos casos condenados, houve pena de prisão efectiva ou suspensão em 49% e 42.8%, respectivamente.

condenado por crime de abuso sexual de crianças poder ser inibido do exercício do poder paternal, tutela ou curatela.

Neste sentido, a inibição de pleno direito (art. 1913º, n.º 1, alínea a) do CC) resulta de situações expressamente fixadas na lei (*ope legis*), configurando um impedimento para o(s) condenado(s). Esta inibição tem aplicação automática.

Quando se verifique o referido impedimento de exercício das responsabilidades parentais a um dos pais, “caberá esse exercício unicamente ao outro progenitor, ou, no impedimento deste, a alguém da família de qualquer deles, desde que haja um acordo prévio e com validação legal” (art. 1903º, CC).

“As decisões judiciais que importem a inibição do exercício das responsabilidades parentais são comunicadas, logo que transitem em julgado, ao tribunal competente, a fim de serem tomadas as providências que no caso couberem” (art. 1913º, n.º 3, do CC).

A inibição do poder paternal também pode derivar do art. 179º, alínea a) do CP.

Quando o agente do crime é condenado, é-lhe aplicada uma pena principal. No entanto, “a lei pode fazer corresponder a certos crimes a proibição do exercício de determinados direitos ou profissões” (art. 65, n.º2, CP). Ou seja, à pena principal do crime de abuso sexual de crianças (art. 171º, do CP) é acrescida a pena acessória de inibição do poder paternal (art. 179º, alínea a), dependendo esta da aplicação da primeira.

Sucedem que o art. 179º do C.P. não consagra uma inibição automática do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela, estipulando que quem for condenado por crime de abuso sexual de crianças pode ser inibido do exercício dos poderes referidos “atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente”, o que sugere margem de liberdade de apreciação judicial. “Significa isto, e porque de uma verdadeira pena se trata, que a condenação por crime contra a liberdade e autodeterminação sexual não implica necessariamente a inibição do poder paternal, da tutela ou da curatela ou a proibição do exercício de proibição, função ou actividade de certo tipo”⁴⁶.

Nas palavras de Juíza Conselheira Maria Clara Sottomayor, “a inibição do exercício do poder paternal devia ser automática, pois, a inibição não consiste numa sanção para o progenitor que infringe os seus deveres para com os filhos mas numa medida de protecção

⁴⁶ ANTUNES, Maria João, AA.VV, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, 2012, p. 902.

das crianças, não se mostrando necessária qualquer maleabilidade interpretativa relativamente à gravidade do facto e à conexão com a função exercida pelo agente para decidir acerca da necessidade para a segurança do menor da aplicação desta medida”⁴⁷.

Partilhamos a opinião de que a inibição do exercício do poder paternal deveria ser automática, pois se há condenação desses actos que constituem um tipo legal de crime, de natureza pública, como poderemos fechar os olhos a tamanha monstruosidade e permitir que o abusador possa exercer as responsabilidades parentais? Trata-se de mais uma incoerência no sistema.

Pode ainda colocar-se a questão se a inibição do exercício do poder paternal, sendo automática, viola o preceito constitucional do art. 30º, n.º 4, segundo o qual “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”.

Seguimos o entendimento da Juíza Conselheira Dr.^a Maria Clara Sottomayor, de que o poder paternal consiste “num poder funcional ou num conjunto de direitos-deveres para com os filhos, cujo exercício está sujeito à vigilância do Estado e não num mero direito civil subjectivo”⁴⁸. Mais se acrescenta que o instituto do poder paternal tem de “funcionar no interesse dos filhos, e não no interesse do titular do poder.”⁴⁹ Portanto, a proibição constante do art. 30º, n.º 4, da CRP não se aplica à inibição do exercício do poder paternal dos agressores sexuais dos filhos menores.

12.2. Sentença absolutória

Neste caso, o processo penal não nos oferece dúvidas, sendo que se as alegações forem infundadas, as provas se mostrarem insuficientes, ou a dúvida persista, o arguido é absolvido. Neste sentido, não havendo condenação em pena principal (crime de abuso sexual de crianças), não se aplica a pena acessória (inibição do poder paternal).

O problema coloca-se nos processos tutelares cíveis.

⁴⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O poder paternal como cuidado parental...*, Obr. Cit., pág. 51.

⁴⁸ Obr. Cit. pág. 52.

⁴⁹ Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-04-2008, proc. N° 10601/2007-7, relator: Roque Nogueira.

Não havendo condenação resultante do processo-crime, não se pode aplicar o previsto no art. 1913º, n.º 1, alínea a) do Código Civil.

Como vimos, a inibição do poder paternal, nos termos do art. 1915º do CC, tem aplicação provisória até a situação ser apreciada a final. No entanto, entendemos que, em caso de dúvida, a decisão, no processo de inibição do poder paternal, deve ser “(...)”pro interesse” da criança e não “pro interesse do adulto acusado ou suspeito”⁵⁰. Não nos podemos esquecer que a criança ou jovem é o centro de todo o processo, e que os processos tutelares cíveis se regem pelos princípios dos processos de promoção e protecção de crianças em perigo, por força da remissão do art. 147º A da OTM, guiando-se pelo princípio do superior interesse da criança (art. 4º, alínea a) da LPCJP).

Constata-se como óbvio, e depois da análise de jurisprudência, que estes casos tendem a conduzir ao divórcio ou separação dos pais, procedendo-se, antes da decisão final, a uma regulação das responsabilidades parentais a título provisório.

Em consequência da absolvição, não há qualquer fundamento para transferir a guarda do pai não abusador para o pai que foi suspeito de abuso, por se entender que as alegações possam ter sido falsas. Convenhamos que as alegações só não ficaram provadas, não quer dizer que tenham constituído falsa denúncia⁵¹.

Será que a criança ainda se encontra numa situação de perigo? Deverá manter contactos com o pai que foi suspeito de abusos?

Entendemos que os Tribunais, nesta hipótese, devem nortear-se pelo princípio da intervenção mínima e manter a guarda da criança junto da pessoa de referência, para evitar à criança o dano acrescido da separação. Excepto quando existam circunstâncias que demonstrem que o progenitor que proferiu as alegações o fez para seu interesse, e não para proteger os interesses e a vontade da criança, prejudicando o seu desenvolvimento harmonioso⁵².

⁵⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Uma análise crítica da síndrome de alienação parental...*, Ob. Cit., p. 91.

⁵¹ JARDIM, Patrícia José Anastácio, *O Abuso sexual na criança...*, Ob. Cit., p. 19 - “Relativamente aos casos judiciais, todos temos consciência de que muitas das situações arquivadas ou absolvidas poderão corresponder a efectivos crimes de natureza sexual, verificando-se tal desfecho apenas por falta de prova suficientemente robusta ou consistente – prova que, nestes casos, é particularmente difícil de produzir-ou por inimputabilidade do agressor. Tal não significa, pois, necessariamente, que a agressão não tenha ocorrido.”

⁵² Vide Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 05-06-2008, proc. N.º 2917/2008-8, relator: Ferreira de Almeida – caso em que a mãe e a avó levaram a cabo uma tentativa de afastar a criança do seu pai, na

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

Neste sentido, inexistindo elementos de facto que permitam concluir pelo carácter danoso do convívio entre a criança e o pai acusado, deve-se recorrer a medidas de aproximação entre pai afastado e a criança ou jovem, nomeadamente um regime de visitas progressivo, utilizando a mediação de profissionais de psicologia, facilitando a relação pai-filho. Desta forma, minimizam-se eventuais inconvenientes decorrentes da ausência das figuras paternas.

Decisão diferente deve ser quando a criança ou jovem demonstram e/ou expressam a sua rejeição relativamente ao suposto agressor. Neste caso, entendemos que a vontade da criança ou jovem deve ser respeitada, sendo que o regime de visitas deve ser suspenso.

As crianças e os jovens devem ser reconhecidos como pessoas e cidadãos tendo, por isso, o direito a escolher com quem querem e não querem conviver e relacionar-se. Têm liberdade de amar ou de não amar, não lhe podendo ser impostos (pela força) sentimentos e afectos.

pendência do processo de restrição de visitas, levando a opção traçada a que a criança seja uma criança triste, sem emoções positivas e sem curiosidade. Neste caso, houve alteração do regime das responsabilidades parentais, passando a criança a estar sobre a guarda do pai.

“O afastamento de um progenitor, sem justificação que o imponha, fomentado pelo outro progenitor, ainda que sem uma programação sistematizada de todo um processo, dirigida a gerar, e obter, um real e efectivo afastamento do menor em relação ao progenitor que não guarda, não pode deixar de ser algo que deve ser prevenido, mas sobretudo combatido, e necessariamente ponderado, em conjunto com as respectivas competências parentais, na intervenção do tribunal, com vista à alteração do regime de regulação do poder paternal antes definido.”

CONCLUSÃO

A criança ou jovem que sofre abusos sexuais por parte dos pais, representantes legais ou detentores da guarda de facto encontra-se numa situação de perigo, nos termos do art. 3º, n.º 1 e n.º 2, alínea b) da LPCJP. Como vimos, as CPCJ têm legitimidade para intervir nestes casos, de modo a remover a situação de perigo, se os pressupostos de intervenção estiverem preenchidos.

A LPCJP foi elaborada para proteger e representar os direitos e interesses da criança e não os dos pais ou pessoas sobre quem recaiam deveres jurídicos análogos.

Depositar na família, onde se encontra a fonte de perigo, o poder de decidir sobre a intervenção das CPCJ é, como temos vindo a defender, uma incoerência. Mais incoerente se torna, quando estamos perante crimes que são, pela sua natureza, públicos, não sendo necessária a queixa dos pais para o MP exercer a acção penal, quando um deles, ou ambos, são suspeitos da prática do crime de abuso sexual.

Por tudo o que antecede, consideramos que o princípio da subsidiariedade não deve ser aplicado aos casos mais graves, nomeadamente, a violência doméstica, os maus tratos e os abusos sexuais, em virtude da morosidade das negociações entre as CPCJ e os pais, representantes legais ou os detentores da guarda de facto, sendo que a criança ou jovem continua na situação de perigo em que se encontrava.

Apesar dos procedimentos de urgência se apresentarem como alternativa, nos casos em que os consentimentos necessários à intervenção não sejam prestados ou sejam retirados, resultou deste estudo que estes procedimentos serão raramente utilizados uma vez que a LPCJP não prevê critérios objectivos para determinação de um “perigo actual e iminente”.

Também somos de opinião que a criança ou jovem não deve ser responsabilizado e penalizado pelos crimes que os pais, ou pessoas sobre quem recaem responsabilidades especiais de cuidar, levaram a cabo. Neste sentido, deve permitir-se a manutenção e continuidade das relações afectivas da criança, seja no seio familiar, seja junto de terceira pessoa, em vez de se recorrer (de forma imediata) à institucionalização.

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

Estas situações, que assumem particular gravidade por exigirem ruptura com laços familiares e grave violação dos direitos fundamentais da criança, exigem uma intervenção precoce e urgente de forma a garantir o interesse superior da criança.

Assim, é do nosso entendimento que o interesse superior da criança manifestado nestas situações deve “consumir” o princípio da subsidiariedade. A competência da intervenção deveria caber aos Tribunais de Família e Menores (especializados neste tipo de matérias) e estar consagrada no art. 11º da LPCJP como excepção ao princípio da subsidiariedade.

Concluímos, com o nosso estudo, que o encaminhamento imediato destas situações de perigo para os tribunais se afigura como a melhor solução.

FONTES

Código Civil, 5.^a Ed., Porto Editora, 2012/2013.

Código Penal e Legislação Complementar, 5.^a Ed., Lisboa: Quid Juris, 2011.

Código de Processo Civil, Coimbra: Almedina, 25.^a Ed, 2012.

Código de Processo Penal e Legislação Complementar, 5.^a Ed., Lisboa: Quid Juris, 2011.

Constituição da República Portuguesa e Legislação Complementar, Lisboa: AAFDL, 2012.

Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em Lanzarote, em 25 de outubro de 2007.

- aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 75/2012, de 9 de março de 2012, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 90/2012, publicados no *Diário da República*, 1.^a série, n.º 103, de 28 de maio de 2012.

Convenção sobre os Direitos da Criança, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a 20 de Novembro de 1989.

- Aprovada em 8 de Junho de 1990, Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de Setembro.

Directiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011 relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho.

Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, com alterações resultantes da Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto.

Lei n.º 113/2009, de 17 de Setembro.

Organização Tutelar de Menores, Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro com as alterações:

- Decreto-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio;
- Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março;
- Decreto-Lei n.º 58/95, de 31 de Março;
- Decreto-Lei n.º 120/98, de 8 de Maio;

O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

- Decreto-Lei n.º 133/99, de 28 de Agosto;
- Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro;
- Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro;
- Lei n.º 31/2003, de 22 de Agosto.

Sites da Internet Consultados:

<http://www.dre.pt/>

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://www.dgsi.pt/>

<http://www.dgpj.mj.pt>

<http://www.portugal.gov.pt>

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Maria João, *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*, in: Revista Julgar, n.º 12, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª Ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.

ALFAIATE, Ana Rita, *A Relevância Penal da Sexualidade dos Menores*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

BOLIEIRO, Helena, *A criança vítima*, in: Revista Julgar n.º 12, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA ANOTADA*, Vol. 1, 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CLEMENTE, Rosa, *Inovação e Modernidade no Direito de Menores – A Perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, n.º 16, Centro de Direito da Família, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

CORREIA, João Conde, *O papel do Ministério Público no crime de abuso sexual de criança*, in: Revista Julgar n.º 12, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge, AA.VV, *Comentário Conimbricense do Código Penal* – Tomo I, Parte Especial, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

JARDIM, Patrícia José Anastácio, *O abuso sexual na criança. Contributo para a sua caracterização na perspectiva da intervenção médico-legal e forense*, Mestrado em Ciências Forenses, Universidade do Porto, 2011.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *CÓDIGO CIVIL ANOTADO*, VOL. 4, 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *CÓDIGO CIVIL ANOTADO*, Vol. 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MAGALHÃES, Teresa, *Maus Tratos em Crianças e Jovens. Guia Prático para Profissionais*, Coimbra: Quarteto, 2002.

MANITA, Celina, *Quando as portas do medo se abrem... Do impacto psicológico aos testemunhos de crianças vítimas de abuso sexual*, in: *Cuidar das Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais*, Fundação para o Desenvolvimento Social/ Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Coimbra: Almedina, 2003.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA* – Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA* – Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SILVA, Germano Marques, *Curso de Processo Penal I*, Lisboa: Verbo, 5ª Ed., 2008.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do poder paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação de pessoas e bens*, 2.ª Ed., Porto: Universidade Católica, 2003.

**O Abuso Sexual de Crianças Intrafamiliar
e as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo**

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O poder paternal como cuidado parental*, in: *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos juízes sociais*, Fundação para o Desenvolvimento Social/ Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Coimbra: Almedina, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos Tribunais de Família*, in: *Revista Julgar*, n.º13, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ROCHA, Dulce, *Curso Intensivo sobre o Direito das Crianças*, Universidade Católica de Lisboa, 2005.